

Estudios jurídicos sobre comercio electrónico



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Facultad de Ciencias Jurídicas



Uniempresarial
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA EMPRESARIAL
DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ



CAMARA
DE COMERCIO DE BOGOTÁ
Por nuestra sociedad

Autores

ROBERTO LAGUADO GIRALDO: Abogado de la Universidad Javeriana, Magíster en Derecho Económico Internacional de la Universidad de Warwick - Reino Unido, con estudios de especialización en Derecho Administrativo y Derecho Comercial.

RAFAEL HERNANDO GAMBOA BERNATE: Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Master en Leyes (LL.M.) en Tecnologías de la Información de The John Marshall Law School Chicago. Master en leyes (LL.M.) en Propiedad Intelectual de The John Marshall Law School Chicago.

PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR: Abogado y Bachiller en Filosofía Javeriano, Magíster en Economía y Master en Derecho Harvard University.

ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS: Profesor Titular Derecho Constitucional General, Historia Constitucional, Derecho y Economía. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana.

JORGE DE LOS RÍOS QUIÑONES: Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Master en Derecho de Nuevas Tecnologías de la Información de Université Robert Schuman CEIPI, Estrasburgo, Francia. Master en Derecho Civil de Université Panteón-Assas, Paris Francia

HÉCTOR JOSÉ GARCÍA SANTIAGO: Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Hacienda Pública del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Diplomado en Impuestos de la Universidad Javeriana y la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente cursa estudios de Magíster en Derecho Administrativo

ÁLVARO ANDRÉS DÍAZ PALACIOS: Abogado especialista en Derecho Tributario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Diplomado en Comercio Electrónico y Derecho Minero y Petrolero, Universidad Externado de Colombia. Curso de posgrado en Derecho Administrativo, Contratos Estatales y Servicios Públicos, Universidad de Salamanca.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá
Facultad de Ciencias Jurídicas



CAMARA
DE COMERCIO DE BOGOTA
Por nuestra sociedad

CCB1292
Ej. 1
Ni = 05094

Estudios jurídicos sobre comercio electrónico

Autores

Roberto Laguado Giraldo
Rafael Hernando Gamboa Bernate
Pablo Márquez Escobar
Álvaro Andrés Motta Navas
Jorge de los Ríos Quiñones
Héctor José García Santiago
Álvaro Andrés Díaz Palacios

Marzo de 2006



© Reserva de derecho de autor
Estudios jurídicos sobre comercio electrónico

ISBN: 958-688-143-1
Marzo de 2006

Cámara de Comercio de Bogotá
Avenida Eldorado 68D-35. Apartado Aéreo 29824
Teléfono: 5941000,
Bogotá, D.C., Colombia

La información de este documento está protegida por la Ley 23 de 1982 de la República de Colombia y está sujeta a modificaciones sin preaviso alguno. Podrán reproducirse extractos y citas sin autorización previa, indicando la fuente. Su reproducción extensa por cualquier medio masivo presente o futuro, en traducciones o transcripciones, podrá hacerse previa autorización de la Cámara de Comercio de Bogotá. La Cámara de Comercio de Bogotá no asume responsabilidad alguna por los criterios u opiniones expresados por los autores.

Javier Celis Gómez
Coordinador Editorial
Pontificia Universidad Javeriana

Revisión
Erick Rincón Cárdenas
Cámara de Comercio de Bogotá

80025 75540



Contenido

	Pág.
Introducción	7
Capítulo I. La contratación pública electrónica en Colombia	9
<i>Roberto Laguado Giraldo</i>	
A. Introducción	11
B. Etapas del desarrollo de la política de e-government procurement (contratación pública electrónica en Colombia)	12
C. Falencias y modificaciones legales necesarias	44
D. Conclusiones. El deber ser normativo e interpretativo de la contratación pública electrónica colombiana	47
Bibliografía	56
Capítulo II. Juez competente en internet: perspectiva colombiana	57
<i>Rafael Hernando Gamboa Bernate</i>	
A. Introducción	59
B. Origen del Estado	60
C. Relación entre derecho y tecnología	60
D. Conflictos de jurisdicción y competencia en internet	61
E. Juez competente a nivel internacional	62
F. Juez competente en internet a nivel nacional (Colombia)	65
G. Conclusiones	71
Bibliografía	72

Capítulo III. Derecho, economía e información.

**Un análisis de la información como objeto del
derecho y de la economía 73**

Carlos Pablo Márquez Escobar

A.	Generalidades de la teoría de la información y la comunicación ..	75
B.	Una aproximación teórica a la información	78
C.	La información como bien económico y jurídico	81
D.	Conclusiones y epílogo	118
	Bibliografía	119

**Capítulo IV. El reconocimiento jurídico de los mensajes
de datos y su apreciación como medio de
prueba 123**

Álvaro Andrés Motta Navas

A.	Introducción	125
B.	Los atributos jurídicos derivados de la seguridad jurídica	129
C.	El equivalente funcional	138
D.	El mensaje de datos dentro del régimen probatorio previsto en el derecho colombiano	141
E.	Conclusiones	149
	Bibliografía	151

**Capítulo V. Mecanismos de protección contractual en las
ventas a distancia 153**

Jorge De los Ríos Quiñones

A.	Introducción	155
B.	Los contratos de venta a distancia en la Unión Europea	158
C.	Los contratos de venta a distancia en Colombia	171

Capítulo VI. Los medios de pago: evolución y responsabilidad de sus emisores	187
<i>Héctor José García Santiago</i>	

A. Introducción	189
B. Medios de pago	192
C. Los riesgos y la seguridad	212
D. Protocolos y seguridad.....	224
E. Contratos	229
F. La responsabilidad de los emisores de medios de pago	236
G. Conclusiones	243
Bibliografía	246

Capítulo VII. Algunos aspectos del comercio electrónico y su ejecución impositiva	249
<i>Álvaro Andrés Díaz Palacios</i>	

A. Introducción	251
B. Relaciones comerciales y metodología para su análisis	251
C. Los contratos de hosting	252
D. La factura enviada vía mail versus la factura electrónica	256
E. la conservación de documentos y libros de contabilidad.....	260
F. Los servicios de acceso a internet y acceso satelital prestados por una sociedad extranjera a un beneficiario ubicado en Colombia	264
G. Recomendación	266

Capítulo 4.1. Los modelos de negocio y los tipos de actividad

1.1	Introducción
1.2	Modelos de negocio
1.3	Los modelos de negocio
1.4	Procesos de negocio
1.5	Canales de negocio
1.6	La responsabilidad de los modelos de negocio
1.7	Conclusiones
1.8	Bibliografía

Capítulo 4.2. El modelo de negocio y el modelo de actividad

2.1	Introducción
2.2	Relaciones comerciales y actividades de negocio
2.3	Los canales de negocio
2.4	La actividad de negocio y el modelo de negocio
2.5	La actividad de negocio y el modelo de negocio
2.6	La actividad de negocio y el modelo de negocio
2.7	Conclusiones
2.8	Bibliografía

Introducción

Desde que asumí la dirección del Departamento de Derecho Económico de nuestra Facultad hace más de dos años, he procurado, con la ayuda del Comité Asesor del mismo, que el desarrollo y la difusión de las políticas que orientan nuestra gestión tengan como marco de referencia la Misión de la Universidad y los Estatutos y reglamentos que rigen nuestra actividad.

En relación con los Centros de Estudios, el Departamento definió claramente su política, de conformidad con la cual es necesario que dichos centros trasciendan y ejerzan su influencia más allá del beneficio inmediato que reciben las personas directamente involucradas y las que asisten a sus reuniones. Por esa razón hemos recomendado que los Centros de Estudios se conviertan en un mecanismo de interacción de la comunidad académica con el país y que sirvan para forjar los investigadores y aglutinar los grupos de investigación que puedan impulsar los logros de nuestro Departamento en esta materia. Es de vital importancia para el proceso de formación de los investigadores y grupos de investigación, que se realicen estudios y ensayos académicos de calidad publicable, que sirvan además para hacer presencia académica e influir en la vida del país.

Es por lo anterior que aplaudo, de la manera más sincera y efusiva, la publicación del presente texto. Sus autores son miembros fundadores del *Centro de Estudios del Derecho de la tecnología de la información* CENT, hacen gala de una sólida formación intelectual al presentar este libro, que sin duda se erigirá como texto de consulta y referencia obligatoria en esta materia. Los temas que en él se abordan son, todos ellos, temas novedosos, desconocidos para muchos juristas que han

ejercido y entendido el Derecho como una disciplina sin conexiones, impermeable a las realidades económicas, sociales y culturales de los pueblos. Nada más alejado de la realidad. Nada más lejano de una concepción moderna del Derecho, disciplina que se expande de manera constante ante los cambios vertiginosos, de la tecnología.

El Internet, la Información como objeto del Derecho y la Economía, la contratación estatal por medios electrónicos, las compras a distancia, son todos ellos temas de candente actualidad, que se presentan como una realidad incontrovertible, innegable ante los ojos del abogado interesado en mantenerse actualizado.

Aunque resulte reiterativo, quiero felicitar una vez más el esfuerzo de los autores, por tan importante contribución a la ciencia jurídica. Ojalá sean emulados en todas las escuelas, en todas las ramas de esta profesión.

Alfonso Miranda Londoño

Director

Departamento de Derecho Económico

Facultad de Ciencias Jurídicas

Pontificia Universidad Javeriana

Capítulo 1.

La contratación pública electrónica en Colombia¹

Roberto Laguado Giraldo*

Dedicado a todos los funcionarios públicos y consultores colombianos que han invertido sus mejores momentos de lucidez en pensar cómo modernizar la contratación pública y hacer del *e-procurement* una realidad.

* LLM Candidate - International Economic Law. University of Warwick. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Comercial; profesor de la cátedra de Ciencia y Tecnología del Departamento de Derecho Económico y miembro del Grupo de Estudios en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la misma universidad; ex consultor del Gobierno para el Proyecto de Contratación Pública del Banco Mundial/Departamento Nacional de Planeación. Las consideraciones que se presentan a continuación sólo reflejan la opinión del autor desde una perspectiva académica y no implica ninguna posición institucional del Banco Mundial o del Departamento Nacional de Planeación.

1. Dado que este artículo fue escrito a mediados del año 2004, no presenta consideraciones respecto de la reciente normatividad plasmada en la Ley 962 de 2005, para lo cual puede el lector referirse a "Laguado-Giraldo, Roberto. Public Policy and the new regulatory framework on Electronic Government Procurement in Colombia". Revista Universitas. Bogotá (Colombia) No. 110: 147-190, Julio-Diciembre de 2005"

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

Capítulo 1

La contatación pública

electrónica en Colombia

Roberto Linares

El presente capítulo tiene como objetivo principal describir el estado actual de la contatación pública electrónica en Colombia, así como identificar los factores que influyen en su desarrollo. Para ello, se realiza un análisis de la legislación vigente, de las prácticas actuales y de las perspectivas futuras. Se concluye que, aunque existen avances significativos, aún queda mucho por hacer para lograr una contatación pública electrónica eficiente y transparente.

El presente capítulo tiene como objetivo principal describir el estado actual de la contatación pública electrónica en Colombia, así como identificar los factores que influyen en su desarrollo. Para ello, se realiza un análisis de la legislación vigente, de las prácticas actuales y de las perspectivas futuras. Se concluye que, aunque existen avances significativos, aún queda mucho por hacer para lograr una contatación pública electrónica eficiente y transparente.

A. Introducción

La contratación pública por medios electrónicos¹ es el instrumento por medio del cual la Administración estatal, utilizando en lo esencial medios electrónicos, busca satisfacer sus necesidades de contratación. Todo lo relacionado con la Administración pública electrónica para Colombia parece algo complejo y descontextualizado porque los desarrollos legales en materia de derecho administrativo han pasado por alto la posibilidad de utilizar la telemática y la internet para el logro de los fines estatales, y aunque hay expresiones de telemática administrativa, como el Decreto 2170 de 2002, las directivas presidenciales 02 y 012 y los decretos 2150 de 1995, 1094 de 1996 (sobre factura electrónica ante la DIAN), 1122 de 1999, 266 de 2000, lo cierto es que no parecen muy claras las reglas e instrumentos con que cuenta y debe comportarse la Administración pública colombiana al utilizar la tecnología.

Sí se pueden identificar esfuerzos esporádicos para generar legislación sobre la automatización de la Administración, pero las prioridades han derivado el rumbo, y el uso de la tecnología dentro de la actividad del Estado no está presente, en la práctica ni en el contexto jurídico de la Administración pública colombiana. Por esta razón, el deseo de implementar un sistema electrónico de contratación estatal no debe orientarse al replanteamiento del Estatuto General de Contratación, y debe empezar por el principio: la definición de las reglas básicas de funcionamiento de la Administración pública.

*Policy makers*² han buscado aprovechar las ventajas de los avances tecnológicos en el manejo de información y telecomunicaciones, con la finalidad de aumentar la eficiencia de los procesos de contratación estatal y la transparencia de los mismos. Se pretende revolucionar la forma tradicional de los procesos de adquisiciones, a través de transacciones más rápidas, difundiendo los procesos de compras, garantizando una mayor participación de proveedores y contando con una herramienta efectiva de supervisión, control y rendición de cuentas de las adquisiciones.

2. Generadores de política pública que son voceros del Gobierno, como la Vicepresidencia de la República, el Departamento Nacional de Planeación, la Agenda de Conectividad y otros.

En tal esfuerzo se han advertido algunos obstáculos legales que no han permitido que en la práctica se celebren contratos administrativos por estos medios. A veces, tales obstáculos provienen de la propia ley de contratación; en otras ocasiones se deben a las disposiciones legales sobre comercio electrónico o, simplemente, tienen que ver con conceptos legales clásicos del derecho que no pueden actualizarse o que no se han beneficiado de las interpretaciones que las hagan aprovechables dentro de la modernidad.

Merece especial atención el primer instrumento normativo sobre el tema, esto es, el Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 2002 que además de establecer normas sobre uso de medios electrónicos en la contratación pública, también propugna una lucha frontal contra la corrupción.

En este documento expondremos tres temas: el primero corresponde al estado del arte en materia de contratación pública electrónica a nivel de política pública, tema que abordaremos en etapas; el segundo presentará las posiciones interpretativas existentes alrededor del marco legal de la contratación pública electrónica y; el tercero, el cual se presentará como conclusión del trabajo, corresponde a una descripción crítica del marco regulatorio actual y las propuestas legislativas sobre la materia.

B. Etapas del desarrollo de la política de *e-government procurement* (contratación pública electrónica) en Colombia

1. Etapa inicial (desde julio de 2000 hasta septiembre de 2002)

En una primera etapa, el Gobierno nacional expidió varios instrumentos regulatorios con el ánimo de impulsar la utilización de medios electrónicos en la contratación pública. Ellos son la Directiva Presidencial 02 de 2000; el Instructivo de políticas y estándares para la publicación de información sobre contratación pública en internet y el documento CONPES 3186 de 2002.

Aunque las perspectivas del Gobierno eran bien intencionadas, y sin duda alguna estos instrumentos son la base de lo que hoy día existe en materia de contratación electrónica, admiten comentarios.

a. *Directiva Presidencial 02 de 2000*

En desarrollo del Documento CONPES 3072 de 2000, el gobierno del presidente Andrés Pastrana decidió impulsar varias estrategias de modernización a través de un programa especial llamado la Agenda de Conectividad.

Este grupo de trabajo tendría como misión hacer del Gobierno el usuario modelo de las TIC³ desarrollando a su vez varias estrategias, una de ellas, la de gobierno en línea, a partir de la cual el Estado colombiano, y las entidades cobijadas por la orden presidencial deberían agotar varias etapas previas y preparatorias de gobierno electrónico avanzado.

Según el documento CONPES, eran tres las etapas que se debían agotar, (véase cuadro 1.1)

Cuadro 1.1

		Plazo de cumplimiento
Fase 1	Proveer información en línea a los ciudadanos por parte de las entidades cobijadas por la directiva.	31 diciembre de 2000
Fase 2	Ofrecer servicios y trámites en línea a los ciudadanos.	31 diciembre de 2001
Fase 3	Contratación en línea.	30 de junio de 2002

El plazo asignado para llevar a cabo contratación pública nunca se cumplió, y, es más, podría llegar a pensarse que ni siquiera hoy día se ha alcanzado. Esto se debe a varias razones. Primera falta de planificación y entendimiento sobre la meta planteada, es decir, no poder anticiparse a los efectos de imponer medidas a contramarcha. Sin duda alguna, en el 2000, el Gobierno no tenía claridad sobre las implicaciones técnicas y jurídicas que se relacionaban con la meta de contar con un sistema de contratación electrónica para mediados de 2002. Segunda, el término

3. Tecnologías de la Información y la Comunicación.

“contratación en línea” no era el más adecuado o, mejor, no se precisó el verdadero alcance de lo que se quería decir al afirmar que para junio de 2002 ya habría contratación en línea.

Definir qué se entiende por contratación pública en línea no es tarea fácil. Puede entenderse que un simple intercambio de información es contratación en línea; que publicar los pliegos de condiciones en una página web oficial es contratación en línea o que ese concepto se concrete en “la actividad consistente en el intercambio — compra y venta— de bienes y servicios a través de la internet. Con mayor acierto, también se puede decir que la contratación en línea corresponde a la realización de otros procesos y actividades en línea, encaminados al intercambio de los bienes y servicios, como una simple oferta de los bienes, o un simple llamado para recibir ofertas de algunos servicios; de igual forma implica poner las decisiones de compra en línea, conectar a los proveedores a la red de compras y ensanchar el rango de empleados o funcionarios que pueden llevar a cabo estas transacciones”. (FISHER, Andrew. “*It’s a small world after all. Understanding e-procurement*”. [wttp//specials.ft.com/eprocurement/FT3XC1TXKFC.html](http://specials.ft.com/eprocurement/FT3XC1TXKFC.html))⁴.

En últimas, *contratación en línea* es un concepto derivado de la palabra inglesa *e-procurement*, que no corresponde a un concepto restrictivo sin más bien amplio. Pues bien, con esta limitación conceptual fue difícil entender hasta qué punto el Gobierno quería que las entidades efectivamente celebraran contratos administrativos a través de la red. Si se hubiera delimitado el concepto podría pensarse que el grado de cumplimiento habría sido mejor.

Como política de Gobierno, la idea de implantar el gobierno electrónico en tres etapas sí rindió frutos interesantes. Sin duda las entidades públicas empezaron a pensar y preocuparse por ser tecnológicamente viables, de forma que las oficinas de sistemas y los mismos despachos de los directores, tuvieron que formularse la pregunta:

4. LAGUADO, Roberto. “Sistemas de e-government procurement”. *Revista Jurídica del Perú*. No. 40. Noviembre de 2002. p. 172.

¿podemos cumplir lo establecido en la Directiva 02? Algunas entidades, las más, concluyeron que no y que en consecuencia sería necesario migrar sus sistemas hacia unos de mayor calidad y, sobre todo, más efectivos a la hora de interactuar en ambientes web. Por esta razón, varias entidades contrataron el diseño de páginas web, adquisición de hardware y software especializado (ERP), de soluciones tecnológicas idóneas para tener, al menos, presencia en la internet.

A comienzos del 2002, un actor importante entró a tomar partida en el diseño de la política pública de *e-procurement* y a colaborar con la estrategia hasta ahora impulsada por la Agenda de Conectividad: el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP, que con ayuda del Banco Mundial y con respaldo institucional del Departamento de Planeación Nacional, se contactó con la Agenda de Conectividad y expidió un importante documento, al cual nos referiremos a continuación.

b. *Instructivo de políticas y estándares para la publicación de información sobre contratación pública en internet*⁵

Entre el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP y la Agenda de Conectividad se diseñó un primer instructivo de políticas y estándares para publicar información en internet.

Este documento, expedido en marzo de 2002, tuvo como objetivo el diseño de las instrucciones básicas para las entidades públicas a fin de poner en marcha la fase III de la Directiva Presidencial 02, la cual ya hemos hecho referencia. En esa época, las entidades públicas ya habían empezado a hacer los ajustes internos que eran necesarios para cumplir las tres fases de la Directiva y, de esta forma, ya publicaban información institucional en sus páginas web, exitosamente reportaban información y realizaban algunos trámites propios de la entidad, pero realmente estaban desorientados y poco preparados para cumplir la fase III relacionada con contratación electrónica.

5. Véase <http://www.directiva02.gov.co/principal.asp?flag1=Evalfasetres>.

Por esta razón, el Gobierno expidió el documento a que nos hemos referido en el cual se señalaban tres etapas para que las entidades agotaran la tercera fase de la Directiva 02. Estas tres etapas corresponderían a: (1) publicación de información sobre contratación en internet, en el momento en que se produce y se asocia a los pasos del proceso de contratación, de conformidad con lo establecido en la ley y según los plazos allí definidos; (2) implementación de procesos interactivos dentro de la contratación. Estos procesos se refieren a intercambio de información entre las entidades y los proveedores que pueden darse a través de intercambio de correos electrónicos simples o intercambio de mensajes en formato digital y (3) implementación de procesos transaccionales soportados en herramientas que controlen el proceso de contratación.

La primera de estas etapas, y sin duda la más importante y la que al tiempo, internacionalmente, ha sido mayormente alcanzada, presentó menos inconvenientes para su cumplimiento. Por esta razón puede exponerse el siguiente análisis cuantitativo.

En el 2003, el Programa Agenda de Conectividad evaluó el nivel de cumplimiento de los instructivos sobre publicidad electrónica de los procesos de contratación (*Instructivo estrategia gobierno en línea. Políticas y estándares para dar cumplimiento a la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 de 2000*). En su evaluación, la Agenda verificó que la siguiente información hubiera sido publicada por cada entidad según lo dispuesto en el instructivo citado:

- Publicación del Plan de compras.
- Publicación del borrador de Términos de referencia, Pliegos de condiciones e Invitaciones a cotizar.
- Publicación de acuerdo con requisitos oficiales.
- Publicación de Pliegos en línea y/o Términos de referencia, Pliegos de condiciones e Invitaciones a cotizar.
- Publicación de aclaración de Pliegos en línea y/o Términos de referencia, Pliegos de condiciones e Invitaciones a cotizar.
- Publicación del plazo para la recepción de propuestas.
- Publicación de resultados de calificación de ofertas.

- Publicación de resultados de la consulta al SICE.
- Publicación de la Resolución de adjudicación.
- Publicación de contratos y formalidades.
- Publicación de la liquidación del contrato.

La evaluación pretendió determinar la forma como estaban cumpliéndose los requisitos de publicidad exigidos en el documento de *Estrategia gobierno en línea - Políticas y estándares para dar cumplimiento a la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 de 2000* elaborado por la Agenda de Conectividad y el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP en febrero de 2003 y los criterios para hacer esta evaluación fueron los siguientes⁶:

1. Número de procesos de contratación en curso.
2. Número de procesos publicados en la web.
3. Número de procesos publicados a tiempo.
4. Número de procesos pendientes de publicar en la web.
5. Cumplimiento por información publicada.
6. Cumplimiento por publicación a tiempo.

Este largo proceso de evaluación analizó a 21 sectores de la Administración pública y su progreso y resultados pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- *Grado de cumplimiento a nivel sectorial*⁷.

Las entidades públicas han sido evaluadas según el grado de cumplimiento que presentan respecto a los mandatos sobre publicidad electrónica de información sobre contratación. Ningún sector logró cumplir el 100% de las expectativas y la mayoría de sectores no logran superar el 50% de cumplimiento (véase cuadro 1.2).

6. Se tomó como fecha de evaluación julio de 2003.

7. Agenda de Conectividad.

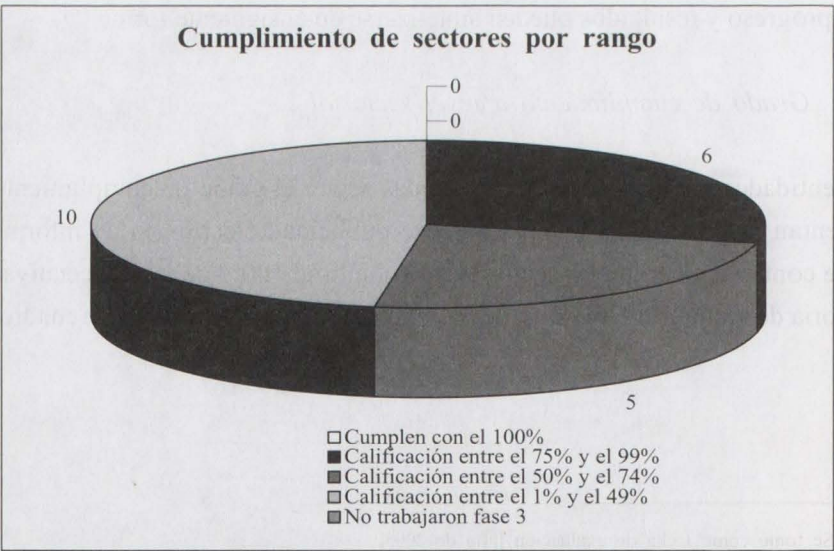
Cuadro 1.2

Cumplimiento por rango	No. sectores
Cumplen con el 100%	0
Calificación entre el 75% y el 99%	6
Calificación entre el 50% y el 74%	5
Calificación entre el 1% y el 49%	10
No trabajaron fase 3	0
Total	21

También se observó que sólo dos sectores lograron superar un rango del 80%, en cuanto al cumplimiento de los mandatos: Estadística y Desarrollo Económico. Lo niveles más bajos los presenta los sectores Relaciones Exteriores, Medio Ambiente y Función Pública. Niveles intermedios presentan sectores como Presidencia, Comunicaciones y Defensa y Seguridad.

La figura 1.1 muestra de forma consolidada el grado de cumplimiento a que llegan los 21 sectores.

Figura 1.1.



• *Cumplimiento a nivel de entidades*

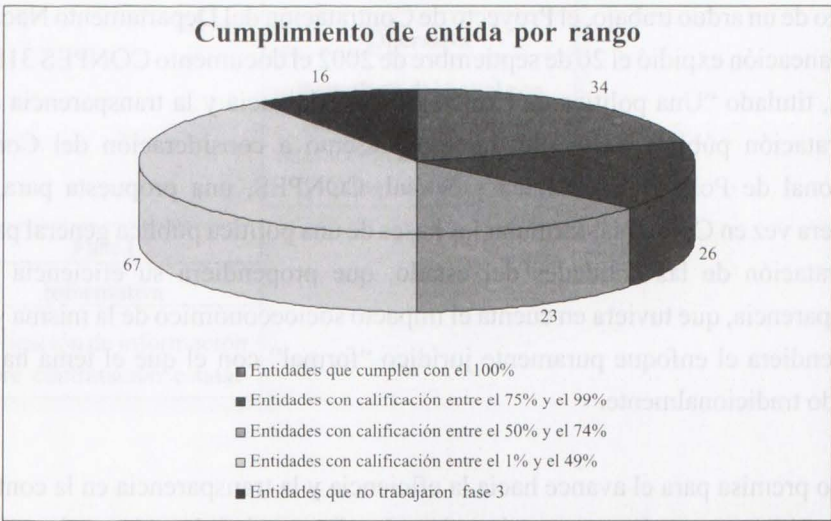
El análisis por entidades arroja información más satisfactoria, según la cual existen varias instituciones que sí cumplen a cabalidad los requerimientos de publicidad de información electrónica sobre contratación. Se vuelve a advertir que una proporción importante de entidades públicas (40%) no alcanza a reportar niveles siquiera intermedios de cumplimiento (49%), y en contraste la fracción mayoritaria restante arroja cumplimientos superiores al 50%.

Cuadro 1.3

Entidades que deben cumplir con la implementacion de fase 3		%
Entidades que cumplen con el 100%	34	20,482
Entidades con calificacion entre el 75% y el 99%	26	15,663
Entidades con calificacion entre el 50% y el 74%	23	13,855
Entidades con calificacion entre el 1% y el 49%	67	40,361
Entidades que no trabajaron fase 3	16	9,6386
	166	

La figura 1.2 ilustra esta situación

Figura 1.2



Uno de los grandes avances que propició este documento fue señalar, por primera vez, qué tipo de información debería publicarse en internet. Con eso, sentó las bases de la fase informativa de un sistema de *e-procurement*, al establecer cronológicamente qué documentos y reportes del proceso de contratación debían incluirse en la internet. Se generó una disciplina de publicación de información, a través de unos parámetros estándares según el concepto de un conjunto mínimo de información para ser publicada.

Otro de los aspectos importantes de este instructivo lo constituye el señalamiento que el mismo hizo en materia de estándares tecnológicos para la construcción de páginas web, orientadas a la publicación de información sobre contratación. En esta medida, el instructivo no sólo señaló qué había que publicar electrónicamente, sino también cómo —en términos tecnológicos— debía cada entidad llevar a cabo esta publicación. Se debe resaltar el gran esfuerzo y a su vez, el gran avance que constituye poder señalar estándares en esta materia, pues el éxito de una política pública de *e-procurement* dependerá en parte de poder desplegar armónicamente una gestión homogénea y parametrizable en todas las entidades estatales.

c. Documento CONPES 3186 de 2002, “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”

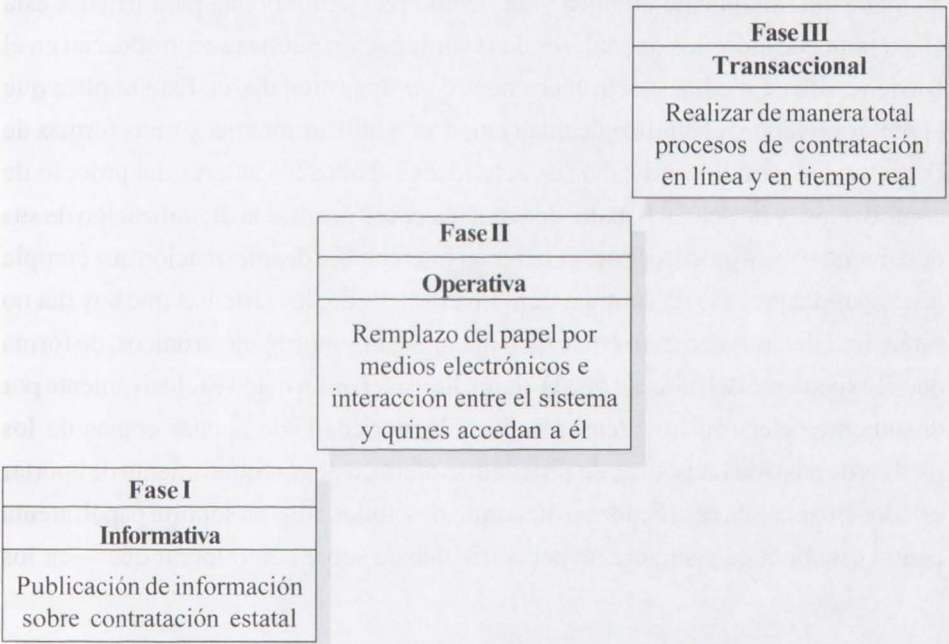
Luego de un arduo trabajo, el Proyecto de Contratación del Departamento Nacional de Planeación expidió el 20 de septiembre de 2002 el documento CONPES 3186 de 2002, titulado “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”. Este documento presentó a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, una propuesta para, por primera vez en Colombia, formular las bases de una política pública general para la contratación de las entidades del estado, que propendiera su eficiencia y su transparencia, que tuviera en cuenta el impacto socioeconómico de la misma y que trascendiera el enfoque puramente jurídico “formal” con el que el tema ha sido tratado tradicionalmente.

Como premisa para el avance hacia la eficiencia y la transparencia en la contratación pública y con base en varios ejemplos internacionales (Argentina, Chile,

México, Brasil), el documento plantea la creación de un sistema de contratación pública electrónica. En efecto, el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública, SEIC, se propone como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la *selección objetiva* de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos.

Este documento esboza los niveles de evolución de este sistema en tres fases, tal como se muestra en la figura 1.3

Figura 1.3



La primer fase implica la generación de un sistema puramente informativo, que satisfaga las necesidades de publicidad y transparencia de los operadores de la contratación pública, bien sean privados o públicos. En este sentido, se esperaría hacer *up-load*⁸ de documentos del proceso de contratación, como los pliegos de condiciones o los informes de evaluación.

En una segunda fase, se esperaría dotar de equivalencia funcional a los documentos soportados en formato digital y generar interacción entre las entidades públicas y los proveedores de forma que exista EDI⁹ entre ellos, que a su vez permita llevar a cabo la gestión pública contractual en sí misma. Como lo veremos más adelante, esta etapa no puede acometerse tan fácilmente sin antes decantar y solucionar algunos problemas e interpretaciones jurídicas respecto al uso de medios electrónicos en la gestión administrativa.

En una tercera fase, el documento CONPES prevé la realización de procesos de contratación, totalmente en línea y en tiempo real. Ahora bien, para llegar a esta etapa falta que todos los operadores de la contratación pública se introduzcan en el corriente uso de medios electrónicos dentro de su gestión diaria. Esto implica que el sector privado y el público decidan empezar a utilizar internet y otras formas de conectividad para llevar a cabo sus actividades. Todos los actores del proceso de contratación, y no sólo el Estado, deberán hacer el tránsito a la digitalización de sus documentos y sus procesos para generar un intercambio de información que cumpla las etapas del proceso de contratación. En este sentido, los sistemas que hoy día no están digitalizados deberían empezar a trabajar con soportes electrónicos, de forma que el expediente del proceso pueda algún día estar conformado exclusivamente por documentos electrónicos. Pensar en la obligatoriedad de juntar copias de los recibos de pago de las pólizas de seriedad de oferta, o en el requerimiento de aportar estados financieros certificados o dictaminados, todos ellos en soporte papel, atenta contra esta política y sugiere un necesario debate sobre cómo lograr que —en los

8. Utilizamos la expresión *Up-load* para significar el hecho de alojar documentos en las páginas web de las entidades públicas.

9. Electronic Data Interchange.

casos planteados, por ejemplo— el sector financiero agote su gestión aseguradora y los contadores públicos su función federataria a través de mensajes de datos. Jurídicamente es viable, pero falta una decisión de política de éstos y todos los demás sectores. Sobre este tema volveremos más adelante.

La creación de un sistema integrado de contratación responde a varias necesidades: integración de información para acabar la dispersión y, a su vez, la desinformación; direccionamiento de política en materia de contratación electrónica; e identificación de un responsable institucional en materia de contratación pública electrónica (*e-procurement*).

Varios países ya cumplieron esta etapa y cuentan hoy con sistemas integrados (o al menos, integrándose). Es el caso de Chile, Argentina, Perú, Australia, Estados Unidos, Brasil (a nivel federal y estatal) y México. Sus avances no son parejos y algunos países han progresado más que otros, pero el eje de su proyección ha sido una centralización del esfuerzo de modernización en ese pilar institucional.

A nivel de política pública, como lo anotamos, el CONPES sugirió la creación de este sistema. No obstante, la realidad y variabilidad política cambió de prioridades. Así, pues, el gobierno Uribe, como era de esperarse, tras cambios en las administraciones, revisó la nómina de los actores y modificó los papeles individuales y colectivos en el desarrollo de política de *e-government procurement*, de forma que el impulso que alguna vez tuvo la iniciativa Agenda de Conectividad y del Departamento Nacional de Planeación, quedaron suspendidos a la espera de una nueva orden superior. Un año más tarde, la Política de Gobierno reorientaría el esquema y rescataría la necesidad de contar con un sistema único integrado, al que nos referiremos cuando nos detengamos a analizar el Documento CONPES 3249 de 2003.

2. Segunda etapa (desde julio de 2002 hasta diciembre de 2003)

La segunda etapa del desarrollo de la política de contratación pública electrónica se definió con el inicio de un nuevo gobierno, el del presidente Álvaro Uribe Vélez, y por lo mismo, vinculado por un deseo y compromiso político de luchar contra la

corrupción. Desde el Departamento Nacional de Planeación, con el Programa de Renovación de la Administración Pública y más específicamente gracias a la intervención del Proyecto de Contratación Pública del Banco Mundial que allí mismo tenía lugar, se formularon dos instrumentos regulatorios en materia de contratación pública electrónica: el Decreto 2170 de 2002 y un año después, el documento CONPES 3249 “Política de contratación pública para un Estado gerencial”.

a. *Decreto 2170 de 2002*

Dentro de la agenda de gobierno del presidente Uribe, que incluye en sus prioridades la lucha frontal contra la corrupción y la politiquería, se expidió a finales del año pasado el Decreto 2170 de 30 de septiembre 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993, cuyo texto final fue el producto de una mesa de trabajo conformada por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia, el Ministerio de Transporte y el Proyecto de Contratación Pública del Departamento Nacional de Planeación.

Esta norma recoge diversos aspectos que se fundamentan en las propuestas de la “Misión de contratación”, esfuerzo de discusión y definición de aspectos de política pública en materia de contratación que culminó a mediados del 2002, y en los cien puntos del programa de gobierno, las cuales persiguen fundamentalmente aumentar la transparencia en la contratación pública a través de la inclusión de nuevas reglas para los procedimientos de contratación.

Del contenido del decreto se destaca: la reglamentación de varios mecanismos que incrementan los niveles de publicidad y transparencia en la contratación, la promoción del uso de la internet para algunas de estas publicaciones, la imposición de reglas para la contratación con organismos multilaterales, cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, la masificación de la celebración de audiencias de adjudicación, la participación ciudadana para aumentar el control social en los procesos, la definición del alcance del deber de selección objetiva en la contratación, y el señalamiento de nuevas reglas para el procedimiento de selección de contratación directa.

En materia de contratación pública electrónica, el decreto propuso dos medidas de política interesantes. En primer lugar, elevó al rango reglamentario con alcance

nacional, la masificación de publicaciones electrónicas. En segundo lugar, introdujo mecanismos interactivos para la conformación de las ofertas o, lo que es lo mismo, institucionalizó las subastas electrónicas¹⁰.

Sobre el primer punto, es decir, la masificación de publicaciones electrónicas relacionados con información sobre contratos estatales, debemos señalar que si bien el decreto sembró la semilla para impulsar el mayor nivel de transparencia en la contratación al obligar a publicar en las páginas web de las entidades información sobre sus procesos contractuales, también abrió la puerta para que, fácilmente, las mismas entidades se eximieran de cumplir esos requerimientos. En efecto, el Decreto estableció que las entidades públicas deberían publicar en sus páginas web los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia y los documentos definitivos de los mismos. A su vez, planteó una excepción a esta obligación, que no es exigible cuando la entidad pública no “cuenta con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento para surtir la publicación en su página web”, caso en el cual deberá proceder a publicar un aviso en el cual indique el lugar de la entidad en donde puede ser consultado el documento en forma gratuita. Pues bien, aunque la expresión parece bastante clara, los directores de las entidades han encontrado complejo determinar si su entidad cuenta o no con esa infraestructura, lo que se traduce, en consecuencia, en dudas sobre la obligatoriedad de cumplir la exigencia establecida en los artículos 1º y 2º. A su vez, esta duda permite establecer si la entidad que ellos dirigen se escape de la exigencia, ya que hasta el momento no existen parámetros ni lineamientos de política informática estatal que definan desde cuándo o en qué circunstancias se considera que una entidad ya cuenta con infraestructura tecnológica y de conectividad suficiente.

Como anteriormente lo señalamos, aunque el Decreto 2170 de 2002 fue el instrumento regulatorio que por primera vez impulsó a nivel nacional la obligatoriedad de publicar electrónicamente información sobre los procesos contractuales, es

10. Los comentarios que formularemos a continuación se harán aisladamente del resultado que pueda arrojar el proceso 00010(24524) que actualmente cursa en la Sección Tercera del Consejo de Estado a través del cual se solicitó la nulidad del artículo 5º, correspondiente a la conformación dinámica de las ofertas.

necesario reconocer que gran parte del éxito que tuvo se debe a que el terreno había sido abonado previamente con la expedición del Instructivo de políticas y estándares para la publicación de información en internet al que en extenso, nos referimos atrás.

Las exigencias del Decreto 2170 de 2002 no son disímiles a las impuestas por el *Instructivo*. Es más, son más flexibles, menos rigurosas, más fáciles de acometer y exigen una menor utilización de recursos tecnológicos por las entidades. A continuación esbozamos un cuadro comparativo (véase cuadro 1.4) de lo exigido inicialmente por el *Instructivo* versus lo que hoy día exige el Decreto 2170 de 2002.

Cuadro 1.4

Decreto 2170	Instructivo
1. Proyectos de pliegos de condiciones o de términos de referencia: diez (10) o cinco (5) días calendario de antelación a la fecha del acto que ordena la apertura.	1. Borrador de términos de referencia, desde su elaboración hasta la liquidación del contrato. 2. Publicidad de acuerdo con requisitos oficiales, desde su elaboración hasta la liquidación del contrato.
2. Observaciones y sugerencias a los proyectos: diez (10) o cinco (5) días calendario de antelación a la fecha del acto que ordena la apertura.	3. Observaciones y sugerencias a los proyectos: por lo menos durante una semana hasta la liquidación del contrato.
3. Acto que dé apertura al proceso de selección, a partir de la fecha de su expedición y hasta la fecha establecida para la presentación de las propuestas.	4. Acto que dé apertura al proceso de selección, a partir de la fecha de su expedición y hasta 5 días, aunque el documento de aclaraciones establece que la información debe publicarse desde su elaboración hasta la liquidación del contrato.
4. Términos definitivos desde la apertura del proceso hasta la suscripción del contrato.	5. Pliegos definitivos, desde su elaboración hasta la liquidación del contrato. 6. Información Resumen del contenido de los pliegos de condiciones, términos de referencia e invitaciones a contratar que contenga la relativa al valor y compra de los mismos, desde su elaboración hasta la liquidación del contrato.
5. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones o términos de referencia y los documentos relacionados con las preguntas formuladas por los oferentes dentro del plazo de contratación sobre el contenido y alcance de los pliegos de condiciones o	6. Publicación del acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones, términos de referencia y en general de las aclaraciones a las invitaciones a contratar, desde el día hábil siguiente a que se produzca hasta la liquidación del contrato.

Decreto 2170	Instructivo
<p>términos de referencia, a partir del momento en que se produzcan y hasta la suscripción del contrato.</p>	
<p>6. La comunicación escrita de respuesta enviada a todas las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, a partir del momento en que se produzcan y hasta la suscripción del contrato.</p>	<p>7. Publicación de las preguntas que hayan sido formuladas por los proponentes sobre el contenido y alcance de estos documentos y de la comunicación escrita de respuesta enviada a todas las personas que retiraron pliegos o términos de referencia, desde el día hábil siguiente a que se produzca, hasta la liquidación del contrato.</p>
<p>7. Adendos o aclaraciones a los pliegos de condiciones o términos de referencia, a partir del momento en que se produzcan y hasta la suscripción del contrato.</p>	<p>8. Adendo o corrección a esos documentos, desde el día hábil siguiente a que se produzca hasta la liquidación del contrato.</p>
<p>8. El informe de evaluación por cinco días desde que se elabora.</p>	<p>9. El informe de evaluación desde el día de haberse realizado hasta la liquidación del contrato.</p> <p>10. Publicación del plazo para la recepción de prooportunas, por el mismo tiempo que el establecido internamente por la entidad en el proceso de selección correspondiente.</p> <p>11. Publicación de los resultados de la consulta al SICE: desde el mismo día en que deba producirse la producirse la consulta, hasta la liquidación del contrato.</p> <p>12. Acto de adjudicación:</p>
<p>9. Acta de la audiencia de adjudicación, por un término de cinco (5) días contados a partir del mismo día en que se suscriba.</p> <p>10. Acta de la audiencia pública realizada para la conformación dinámica, por un término de cinco (5) días contados a partir del mismo día en que se suscriba.</p>	
<p>11. Información sobre los contratos firmados, sus adiciones, modificaciones, liquidación y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a ésta, por un término de dos (2) años.</p>	<p>La publicación de la liquidación del contrato, se llevará a cabo al día siguiente de producirse el acto administrativo.</p>

El otro aspecto relevante del Decreto 2170 de 2002 en materia de política de contratación pública electrónica lo constituye la formulación del uso de sistemas de subasta electrónica para los contratos estatales.

Las disposiciones relacionadas con sistemas de conformación dinámica de la oferta para los procesos de licitación pública y de contratación directa, conforme a lo dispuesto en los artículos 5° y 12 del Decreto 2170 de 2002, corresponden al establecimiento de mecanismos de subasta, con los que se busca darles a las entidades públicas herramientas para la negociación, de forma que puedan obtener la mejor oferta que el mercado pueda brindarles, en consonancia, el deber de selección objetiva al que se refiere el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

La utilización de medios electrónicos para el desarrollo de estos sistemas permitirá, en aquellos casos en que la entidad pública cuente con la infraestructura tecnológica suficiente, hacer uso de la herramienta internet dentro de un ambiente de transparencia y competitividad entre los participantes que al Estado le permitirá alcanzar mayores beneficios, respecto a aquellas variables dinámicas de la oferta que han sido previamente determinadas por la entidad.

Es necesario recalcar que las variables dinámicas son aspectos de la propuesta que sin afectar la esencia del contrato, permiten alteraciones cuantitativas que redundan en beneficio de la entidad contratante. De acuerdo con los pliegos de condiciones o términos de referencia, pueden ser ejemplos de variables dinámicas: el precio, las cantidades ofrecidas en exceso del mínimo requerido, el mayor número de mantenimientos preventivos ofrecidos, entre otros.

Aun antes de la entrada en vigencia del Decreto 2170 de 2002, la conformación dinámica de la oferta era un mecanismo que venía utilizándose con éxito por varias entidades estatales como Ecopetrol, por lo que se consideró valioso abrir la posibilidad de que otras entidades tuvieran la potestad de utilizar este mecanismo moderno y transparente. Igualmente, otro antecedente importante respecto a la introducción del uso de sistemas de subastas electrónicas lo constituye el piloto que el Departamento Nacional de Planeación realizó en diciembre de 2001, en el que utilizó un sistema de subastas electrónicas para la adquisición de equipos informáticos. Este primer ejercicio piloto arrojó resultados exitosos con ahorros del 8% (US\$

22.000) y la adquisición de 17 computadores adicionales a los 210 inicialmente solicitados.

Es necesario precisar que el Decreto 2170 de 2002 no establece, vía de conformación dinámica, una modificación de la irrevocabilidad de las ofertas, sino que debe entenderse respecto a estas variables, que la propuesta presentada se encuentra en estado de pendencia y que solo cuando termine la puja se considerará definitiva.

Varias entidades estatales han encontrado difícil y complejo entender a qué se refiere el decreto cuando estableció un sistema de conformación dinámica de la oferta. Con frecuencia elevan consultas ante la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y ante del Proyecto de Contratación del DNP para que se les explique el sentido de los artículos 5º y 12º del decreto, pues no les queda claro lo que éste implica, ni la forma correcta para darle operatividad. La posible falta de claridad se debe a que el tema, de por sí, no es sencillo, aunque sí puede entenderse claramente luego de un estudio cuidadoso por el intérprete.

Las inquietudes pueden presentarse porque se introducen conceptos nuevos, tales *variables dinámicas*, y porque en términos generales no es fácil delimitar el concepto, hacerlo operativo dentro de los procesos y definir el momento exacto en el que debe ocurrir durante el itinerario del proceso de contratación pública.

No obstante lo anterior, los beneficios obtenidos tras la utilización de esta herramienta sí reflejan cómo el correcto uso de la tecnología en la gestión pública puede incrementar los índices de eficiencia, de ahorro, de transparencia y participación en los procesos contractuales.

Los siguientes ejemplos, sobre el uso de subastas electrónicas, en tres entidades, reflejan las bondades a que nos referimos:

- **Ecopetrol:** su margen de ahorro sobre el presupuesto oficial fue del 22,5%¹¹.

11. Informe de presentación de las experiencias exitosas de subastas electrónicas. Responsable: doctor Mario Fernández Páez. (Mario.fernandez@ecopetrol.com.co).

- **Banco Agrario de Colombia:** su margen de ahorro sobre el presupuesto oficial oscila entre el 7% y el 29%¹².
- **Instituto de Seguros Sociales:** su margen de ahorro sobre el presupuesto oficial fue del 7.1%¹³.

De esta forma puede concluirse que el ahorro generado por la herramienta, cuando se aplica a procesos de contratación estatal, está entre el 7% y el 22,5%.

La expedición del Decreto 2170 de 2002, en términos generales, constituye un hito en la política de *e-procurement* porque sentó las bases de un sistema (difuso) de información en materia de contratos públicos. No en vano más del 90% de las entidades del nivel central hoy día publican su información contractual en sus páginas web, generando un entramado de información sobre la gestión pública contractual. Se pueden proponer muchas críticas, a veces por razones de política informática del Estado, otras con base en cuestiones estrictamente jurídicas, pero el avance que se deriva de la norma es muy significativo.

Dentro de las críticas que señalaba, hay tres que no pueden dejarse pasar por alto. En primer lugar, el concepto de *Infraestructura tecnológica y de conectividad* a que se refieren los artículos 1º y 2º es vago y se presta para que las entidades se eximan de cumplir las obligaciones de publicaciones electrónicas. Esto ha generado que muchas entidades hayan decidido eximirse de cumplir los requerimientos, aduciendo no contar con la infraestructura tecnológica necesaria.

En segundo lugar, la evocación del Principio de equivalencia funcional de la Ley 527 de 1999 se queda corta, pues el decreto sólo faculta la digitalización de la información y no de la gestión contractual. Hace falta, como veremos más adelante que la

12. <http://www.bancoagrario.gov.co/contratacion.asp>. Procesos 2003-16, 2003-08 y 2004-22. Proceso de tulas: presupuesto oficial: \$100.398.215, precio final subastado \$90.247.657 (19% ahorro). Proceso de fotocopiado: presupuesto oficial: \$482.077.536; precio final subastado \$406.301.088 (15,7% ahorro). Proceso de transporte aéreo: ahorros por \$232.491.238 correspondiente al 7% de ahorro sobre el presupuesto oficial inicial.

13. Informe de TODO1, empresa proveedora de la herramienta tecnológica de subasta. Responsable: Miguel F. Jaramillo: www.todo1.com.co.

gestión pública contractual se lleve a cabo por medios electrónicos, es decir, que el proceso pueda sustanciarse electrónicamente y que sus anexos también revistan formato digital con plena validez jurídica.

En tercer lugar, la mayoría de entidades con presupuesto limitado han encontrado una seria dificultad para cumplir las exigencias en materia de publicaciones electrónicas. Es el caso de las entidades territoriales y específicamente los municipios de 5° y 6° categoría los cuales verdaderamente no pueden destinar parte de su presupuesto para adquirir sistemas y páginas web. Esto refleja cómo un país pobre como Colombia necesita una política de *e-government* centralizada que ampare todos los sectores con problemas financieros. Se deberán identificar líneas de apoyo, programas generales de capacitación y masificación, así como contratos marco para adquisición masiva de soluciones informáticas que puedan proveerse por el Estado a todos sus órganos y entidades.

b. CONPES 3249 de 2003 , “Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social expidió el 20 de octubre de 2003 el documento CONPES 3249 de 2003 “Política de contratación pública para un Estado gerencial”. Así como el antiguo CONPES 3186, que fue sustituido por este segundo y que lastimosamente nunca tuvo operancia por el cambio de Gobierno que acaeció a las pocas semanas de ser expedido el CONPES 3249, retoma tres ideas principales: (1) la política y desarrollo de la contratación electrónica necesita de un “doliente” o mejor de un responsable institucional; (2) será necesario crear un sistema integrado que centralice y genere las interfases que vincule todos los recursos institucionales y tecnológicos relacionados con contratación; (3) en este camino hacia la modernización de la contratación pública a través del uso de medios electrónicos, se deben respetar etapas, y establece, por lo menos, dos.

Respecto a la primera de estas ideas, el documento CONPES sugiere un nuevo marco institucional para la contratación estatal. En este sentido, propone un nuevo esquema, con el propósito de habilitar un escenario institucional adecuado para la adopción de decisiones de política pública en materia contractual. Propuso el

establecimiento de una institucionalidad rectora a cuyo cargo se encuentre la función de recomendar las decisiones y lineamientos que orienten la gestión contractual hacia la eficiencia y la transparencia. Para garantizar la satisfacción de este propósito, el contenido de las decisiones de política que en materia contractual se produzcan, una vez recogidas a través de los instrumentos jurídicos pertinentes, será de obligatoria observancia y aplicación por todas las entidades públicas que celebren contratos en los órdenes nacional y territorial y en los niveles central y descentralizado. Estas directrices lo serán, no sólo en torno a la generalidad de las formas y modos de contratar, sino también respecto a todas las nuevas iniciativas que se establezcan en materia de contratación electrónica.

De conformidad con lo anterior, anota el documento de política citado:

“Para el desarrollo de la función de instancia rectora de la contratación pública, se propone la siguiente organización institucional:

- El Consejo de Política Económica y Social, CONPES, tendrá a su cargo la orientación general de la política de contratación del Estado.
- El Comité Nacional de Contratación, CNC, será la instancia encargada de proponerle al CONPES la consideración de aquellos asuntos que comprometan el diseño de la política pública contractual. En tal sentido tendrá a su cargo el estudio y aprobación previa de los documentos respectivos, así como la revisión y aprobación de los proyectos de actos administrativos y directrices que se requiera producir para la materialización de las decisiones de política pública ya adoptadas por el CONPES.

Corresponderá al CNC valorar y emitir concepto sobre los proyectos de ley, decretos reglamentarios y directrices en los que se traten aspectos relativos a la actividad contractual de las entidades, con el propósito de preservar la coherencia entre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las políticas públicas adoptadas por el CONPES y los reglamentos y directrices que en su desarrollo se produzcan.

- Secretaria Técnica del CNC a cargo del Departamento Nacional de Planeación, quien será responsable de la preparación de los estudios y documentos que sirvan de base para el trabajo del CNC”¹⁴.

Dentro de este nuevo marco institucional, la Agenda de Conectividad desempeña un papel muy importante, como veremos posteriormente, al erigirse como el gerente del desarrollo mismo del sistema electrónico de contratación.

La identificación de este responsable institucional refleja el interés gubernamental de centralizar la toma de decisiones en materia de contratación pública, que por tratarse de tan importante mecanismo para ejecutar el presupuesto, merece gozar de flexibilidades y rigideces en cada caso y en cada nivel de su regulación. Algunos aspectos de la regulación deben ser rígidos y concretos, como los principios; otros, atinentes a los aspectos procedimentales, a los aspectos de administración gerencial y a lo relacionado con el uso de medios electrónicos, bien podrían quedar a cargo de órganos o entidades encargadas de crear esas normas generales (que no legales), de forma tal que su variabilidad y flexibilidad estén siempre abiertas y sean sensibles a los ajustes oportunos e indispensables. En este sentido, la definición del CONPES, como cabeza en la toma de decisiones en materia de contratación, generará un marco regulatorio coherente y un esquema institucional acorde con el mercado mismo de la contratación pública.

La segunda gran idea del CONPES se traduce en la recomendación de crear un Sistema Integrado de Contratación Pública Electrónica, que fue dado en llamarse SICE. Si bien tiene el nombre de un sistema ya existente¹⁵, debe considerarse como una nueva creación, que no está todavía construido ni operante, pero que cuando esté funcionando recogerá las funcionalidades de varios otros sistemas de información ya existentes, dentro de los cuales sobresale el mismo SICE (Sistema de

14. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES (2003). *Documento 3249 de 2003 “Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”*. Bogotá, CONPES. p. 15.

15. Por virtud de la Ley 598 de 2002 se creó el Sistema para la Vigilancia de la Contratación Estatal, cuya sigla corresponde a SICE.

Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal de la Contraloría General de la República), de quien heredó su nombre y del cual se servirá enormemente dados sus progresos y su potente estructura tecnológica.

El SICE se advierte como un instrumento de gestión de la contratación que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control. Para ello dispondrá de herramientas para: facilitar la contratación en línea, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y permitir un control posterior con transparencia y eficiencia, así como ofrecerle al ciudadano la posibilidad de opinar sobre la forma como se prioriza la ejecución de los recursos públicos. Deberá contemplar la utilización de internet como uno de los mecanismos de difusión de una amplia información destinada a todos los ciudadanos, relativa a los procesos de contratación y a la ejecución de los contratos que celebren las entidades públicas.

Como una de sus prioridades, el sistema deberá integrar el Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal creado por la Ley 598 de 2002, sin perjuicio de la autonomía para ejercer el control por parte de la Contraloría General de la República, procurando aprovechar en donde sea posible los recursos que se encuentran disponibles, para lograr la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos. Así pues, este sistema entra a desempeñar un papel preeminente dentro del sistema integrado de contratación pública.

Los objetivos perseguidos con la creación de este sistema pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Generación de una amplia red de información electrónica, que refleje lo que sucede con todos los procesos de contratación vigentes así como lo que sucedió —paso a paso— con ellos mismos en el pasado. Se generará un *dataware house*¹⁶ sobre información contractual actual e histórica.

16. Por esta expresión debe entenderse una bodega de datos, en la que se almacena organizada y sistemáticamente información electrónica.

- Gestión contractual electrónica a través de la digitalización de los documentos constitutivos del proceso contractual, con lo cual el proceso no se sirve de la información electrónica como soporte auxiliar del mismo sino que a través de los medios electrónicos se produce información que en sí misma agota las etapas del proceso, llevando a cabo toda la gestión necesaria, sin necesidad de replicar las fases en soportes papel. Es, sin duda, el gran avance del documento CONPES, el cual reconoce que hoy día hay obstáculos —sobre todo culturales— que deben superarse para que el país entre en una etapa intermedia de *e-government*.
- Realización de negocios en línea como parte de la gestión pública electrónica y como expresión de la digitalización de los mercados. Esto supone introducir herramientas gerenciales, con base en el uso de la tecnología, que permita que las transacciones electrónicas se abran y cierren a través de la internet. La generación de mercados virtuales, la masificación de las subastas electrónicas, la introducción de catálogos virtuales y de bolsas electrónicas de compras son algunos ejemplos que reflejan este concepto.
- Administración contractual electrónica a través de la incorporación de *work flows*¹⁷ que permitan hacer el seguimiento a las etapas de los procesos y que a su vez sirvan como ERP¹⁸ del sistema, gestionando las etapas y generando mapas de ruta y árboles lógicos estándares para todos los procedimientos.

Finalmente, la última idea que desarrolla el documento a que nos hemos venido refiriendo está dada por la conciencia de que para desarrollar, por medios

17. Por *work flows* entendemos “un conjunto de herramientas usadas para diseñar y definir procesos de flujo de trabajo, así como el ambiente en el cual se ejecutan estos procesos y a través de las cuales se pueden definir las interfases entre los usuarios y las aplicaciones que involucran los procesos en el flujo. La utilización de la herramienta busca la automatización de prácticas y procedimientos de los procesos básicos de contratación, por medio de asocio de individuos, grupos de trabajo y entidades, con ambientes estructurados y no estructurados, para manejar automáticamente una serie de eventos recurrentes o no recurrentes” LAGUADO, Roberto. “Sistemas de e-government procuremente”. *Revista Jurídica del Perú*. No. 40, noviembre de 2002.p. 185.

18. Enterprise Resource Planning.

electrónicos, todas las etapas de la contratación pública es necesario cursar y agotar dos etapas. La primera de ellas, la etapa informativa; la segunda, la etapa de gestión pública contractual.

Así pues, la primera etapa corresponde al desarrollo del sistema con los instrumentos y herramientas legales actuales. Esto implica limitarse a informar, y no a llevar a cabo gestión contractual. De esta forma, la etapa informativa deberá desarrollarse de manera que pueda realizarse lo siguiente:

- Publicaciones electrónicas masivas.
- Acceso en línea a documentos del proceso de contratación.
- Gerencia integral en línea.
- Simplificación de documentos.
- Creación de formatos únicos de captura para simplificar la gestión administrativa de los funcionarios.
- Ajuste a la información del Portal Único de Contratación¹⁹.

La segunda etapa corresponde a la gestión pública contractual. Esto es, superar las barreras interpretativas —pero sobre todo culturales— y para permitir que el proceso de contratación y todos sus soportes documentales puedan estar plasmados en mensajes de datos. El reto no es simple. Supone variar la forma de contratar incorporando el uso de instrumentos distintos a los tradicionalmente utilizados. Supone reorganizar las cargas de trabajo y, para el sector privado, pensar en generar canales y nuevas salidas para interactuar electrónicamente con las entidades contratistas.

Las implicaciones son muy profundas:

- Supone reformas legales al esquema del procedimiento administrativo contractual.

19. Véase 3 (a) más adelante.

- Supone dotar de equivalencia funcional de la actuación administrativa derivada de su regulación expresa y no de la integración normativa con estatutos que regulan materias diversas.
- Supone la simplificación y estandarización de documentos bases de convocatorias.
- Supone la digitalización de formatos y requerimientos exigidos a proponentes (anexos electrónicos)
- Supone mecanismos electrónicos de evaluación y adjudicación.

A diferencia del documento CONPES 3186 de 2002, el 3249 de 2003 sí está aplicándose como mapa de ruta y documento guía para el desarrollo de la estrategia de *e-government procurement*. Esta situación se evidencia con la adopción de varias medidas de política pública encaminados a generar el avance necesario en la materia.

Se destaca, sin duda alguna, el papel protagónico que están desempeñando varias entidades estatales, con la coordinación de la Agenda de Conectividad²⁰. Ellas son: el Departamento Nacional de Planeación, la Vicepresidencia de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Ellas han conformado un sólido grupo de trabajo que sesiona semanalmente para adoptar las decisiones y generar los insumos necesarios para que día tras día la política esbozada en el CONPES 3249 se construya y se les dé cumplimiento a las dos fases allí señaladas.

Aunque hemos afirmado que el documento CONPES 3249 de 2003 sí está cumpliéndose, y está terminándose de cumplir la primera etapa gracias a la receptividad que tuvieron el Decreto 2170 de 2002 y el Instructivo de Políticas y Estándares a que nos referimos previamente, debemos anotar que sobre la marcha ha acaecido una reforma institucional muy importante que afecta el curso de este proceso, pero que sin duda no puede más que coadyuvar y fortalecer la dirección

20. Según el CONPES 3249, la entidad responsable por el desarrollo y coordinación de la estrategia de contratación pública electrónica es la Agenda de Conectividad, que tendrá a cargo el diseño técnico y el montaje del sistema. Para ello utilizará recursos del Fondo de Comunicaciones del Ministerio de Comunicaciones y del Crédito BID para Renovación de la Administración Pública.

política estatal en la materia. Nos referimos a la reciente creación de una comisión intersectorial de política de información, a la cual haremos la referencia necesaria.

3. Tercera etapa (desde diciembre de 2003 a la actualidad)

La tercera etapa en el desarrollo de la política de contratación pública electrónica, lo que se compadece con los desarrollos actuales, está marcada por una reforma al marco institucional en materia de proyectos de tecnología a nivel estatal y por el fortalecimiento de una herramienta que desde el 2003 acompaña el proceso de desarrollo de *e-procurement*, pero que tuvo que ser modificada para cumplir objetivos reales y rescatar la credibilidad del gobierno en materia de publicidad y transparencia en los contratos públicos.

Esta etapa culmina con el inicio de los trabajos de la Agenda de Conectividad para desarrollar el diseño detallado del sistema, en cumplimiento de la etapa 2º del CONPES 3249 de 2003.

a. Decreto 3816 de 31 de diciembre de 2003, COINFO

La expedición de este decreto y sus efectos están íntimamente relacionados con la expedición del documento CONPES 3249 a que ya nos referimos atrás, sobre todo en materia de atribución de responsabilidades institucionales en materia de uso de medios electrónicos en la Administración pública.

De tiempo atrás, y como causa para que los dos CONPES citados recomendaran el establecimiento de un responsable institucional en materia de contratación electrónica, no había una dirección o una fuente de toma de decisiones en materia de uso de recursos tecnológicos para la Administración. En este sentido, fue necesario crear, ideológicamente, una instancia rectora que asumiera tal dirección conceptual.

Recientemente se le atribuyeron esas funciones al Consejo Nacional de Política Económica y Social, según las recomendaciones del documento CONPES 3249, pero al estar pendiente todavía una reforma legal que hiciera efectiva la atribución de competencias, el Gobierno decidió adelantarse y dio lugar a una medida general

en materia de política de información y gestión tecnológica a lo largo del Estado y no sólo en relación a los procesos contractuales electrónicos. De esta forma expidió el Decreto 3816 de diciembre 31 de 2003 creando con él la Comisión Intersectorial de Políticas y Gestión de la Información, COINFO.

La COINFO (Comisión Intersectorial) tiene como objetivo principal optimizar la inversión en tecnologías de información y de comunicaciones de la Administración pública. Dentro de este objetivo se contempla adoptar decisiones generales en materia de inversión en proyectos de tecnología, que a veces son transversales porque forman parte de los diferentes sectores del Gobierno y, en consecuencia, los afectan y, en otras ocasiones, corresponden a decisiones que sólo competen a ciertos sectores aislados.

De conformidad con el artículo 6º del decreto en mención, las funciones relacionadas con la contratación pública son las siguientes:

- Optimizar a través de TIC la calidad, eficiencia y agilidad en las relaciones de la Administración pública con el ciudadano, **con sus proveedores**, y de las entidades de la Administración pública entre sí.
- Optimizar **inversión** en TIC de la Administración pública.
- Facilitar el **seguimiento y evaluación de la gestión pública**, mediante la producción, el manejo y el intercambio de información y uso TIC de la Administración pública (negritas ajenas al texto original).

El cabal cumplimiento de estas funciones asegurarán que la política de contratación pública electrónica avance significativamente en pro de las relaciones con los partícipes de la misma, optimizando y haciendo eficiente el gasto público en cuanto a la infraestructura tecnológica requerida y permitiendo agotar las etapas informativa y de gestión de contratación electrónica.

Las entidades partes de esta comisión son las siguientes²¹:

21. Artículo 3º del Decreto 3816 de 2003.

1. Vicepresidencia de la República.
2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
3. Ministerio de Comunicaciones.
4. Departamento Nacional de Planeación.
5. Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
6. Departamento Administrativo de la Función Pública.
7. Presidencia de la República
8. Agenda de Conectividad

Al lado de la Comisión Intersectorial, el Decreto 3816 de 2003 creó el Comité Técnico (artículo 6º). Este comité estará conformado por un delegado de cada uno de los ministerios y departamentos administrativos que integran la Comisión Intersectorial, por el director de Agenda de Conectividad y por quien determine la Comisión Intersectorial conforme al reglamento. Será presidido por quien designe la Comisión Intersectorial. Los delegados deben ser funcionarios del nivel directivo o asesor con conocimientos sobre la gestión de la información, las políticas generales de desarrollo y de la inversión pública. El Comité Técnico se reunirá por convocatoria que realice el presidente del mismo, conforme con el reglamento. Podrán crearse subcomités que apoyen el cumplimiento de los objetivos y las funciones de la Comisión Intersectorial, según el reglamento que se establezca.

Así pues, las decisiones que en materia de contratación pública electrónica se deban adoptar están siendo tomadas por este comité, con base en los trabajos que lleva a cabo un subcomité informal conformado por funcionarios asesores del Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación, la Agenda de Conectividad y la Vicepresidencia de la República. Sus trabajos se presentan al comité que, consecuentemente los expone ante la Comisión Intersectorial para que apruebe finalmente la decisión de política en materia de contratación electrónica.

A esta comisión asisten las mismas partes que asisten al organismo rector señalado por el CONPES 3249 de 2003, lo cual indica que, en la práctica, aunque no haya sucedido ninguna reforma legal que modifique el marco institucional de la contratación pública, al menos, en materia de desarrollo de *e-procurement*, tal modificación tuvo lugar con la creación de la Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión

de la Información, lo que debe tranquilizarnos un poco, puesto que esto significa que en la práctica la COINFO ejercerá las funciones y responsabilidades institucionales alguna vez establecidas por el documento CONPES 3249, en materia de sistemas electrónicos de contratación.

b. Fortalecimiento del Portal Único de Contratación

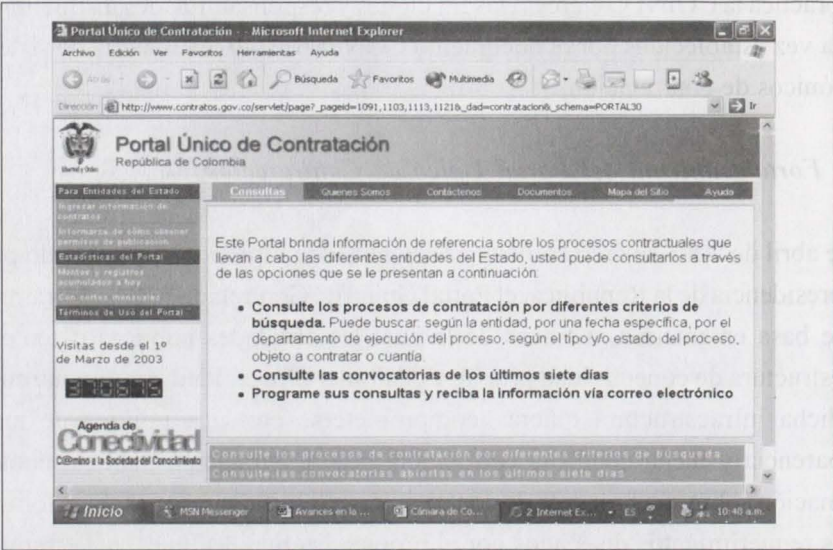
Desde abril de 2003 se creó como consecuencia de un propósito impulsado por la Vicepresidencia de la República, el Portal Único de Contratación. Esta herramienta que se basa en internet, a través de la cual las entidades públicas carentes de infraestructura de conectividad propia, y cualquier otra entidad que aunque cuente con dicha infraestructura quiera comprometerse con una política de mayor transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación pública, publican información sobre sus procesos de contratación pública con base en unos formatos y unos requerimientos diseñados por el propio sistema. Así pues, la herramienta funciona como solución para las entidades pobres sin sistema propio y como multiplicador de la transparencia en el caso de las entidades que ya contaban con sus propias páginas web y venían cumpliendo los requerimientos del Decreto 2170 de 2002 y de la Directiva Presidencial 02 de 2000.

El desarrollo del Portal Único de Contratación responde a un discurso político de Gobierno que pretende afianzar la lucha frontal contra la corrupción y que espera generar los más altos índices de transparencia posible, pero, de forma alguna, cuenta con respaldo legal o imperativa; es decir, el Portal Único de Contratación no cuenta con soporte legal.

Esta circunstancia fue la causa para que este ingenioso instrumento no pudiera cumplir los objetivos inicialmente previstos y fuera necesario una intervención activa por parte de la Agenda de Conectividad y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como de parte de la Vicepresidencia de la República y del Departamento Nacional de Planeación, en menores proporciones.

De esta forma, el Portal fue objeto de varios ajustes, tecnológicos y conceptuales, que hoy día hacen de él una herramienta más dinámica y útil, pero, sobre todo, más confiable (véase figura 1.4).

Figura 1.4



El número de visitas que ha tenido el portal, desde su creación, supera los trescientos cincuenta mil *hits*, y cada vez es mayor el número de navegantes que los consultan. Las estadísticas con corte a 30 de julio de 2004²² se muestran en el cuadro 1.5.

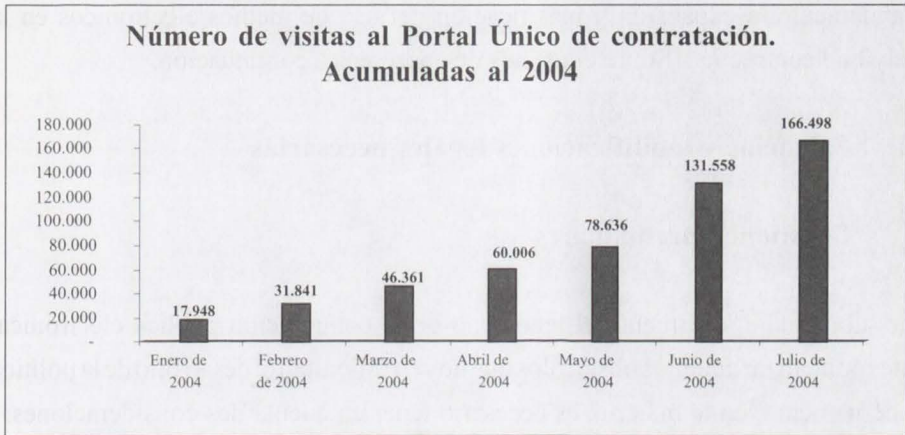
Cuadro 1.5

Visitas			
Promedio mensual de visitas en el 2003	16.700		
Visitas sólo del 2004	Número de visitas mes	Acumulado 2004	Acumulado desde el 1º de marzo de 2003
Enero de 2004	17.948	17.948	201.648
Febrero de 2004	13.893	31.841	215.541
Marzo de 2004	14.520	46.362	230.061
Abril de 2004	13.645	60.006	243.706
Mayo de 2004	18.630	78.636	262.336
Junio de 2004	52.922	131.558	315.258
Julio de 2004	34.940	166.498	350.198
Promedio mensual de visitas en 2004	23.785		

22. http://www.contratos.gov.co/pls/contratacion/docs/FOLDER/CONTRATACIONENLINEA/ESTADISTICAS/7%BA_INFORME_JULIO_2004.DOC. Consultado el 15 de agosto de 2004 a las 10:55 a.m.

Los cambios y mejoras a que se sujetó el portal se reflejan, en forma gráfica, en la figura 1.5²³:

Figura 1.5



En junio de 2004, se publicaban en el Portal Único de Contratación 516 procesos licitatorios, 916 procesos de contratación directa y más de 140 entidades reportaban información sobre sus procesos, mostrando una mejoría en la herramienta y una más amplia participación por parte de los usuarios.

c. Diseño del sistema por la Agenda de Conectividad

Para terminar, hoy día, el paso para seguir es empezar a sentar las bases para cumplir la segunda etapa definida por el documento CONPES 3249 de 2003, y así darle espacio a la gestión contractual electrónica, de forma que se genere un sistema único integrado que reúna las funcionalidades de los demás subsistemas existentes en Colombia y que los procesos de contratación fluyan tras un intercambio de mensajes de datos, reduciendo el uso del papel hasta su mínima expresión. Este paso no se dará en un corto tiempo y varios ajustes a lo largo de todo el sistema contractual tendrán que efectuarse.

23. *Ibid.*

Esto supondrá la contratación de consultorías especializadas que entreguen los modelos detallados y los términos de referencia necesarias para dar el paso hacia la construcción del sistema, así como algunas reformas legales que permitan superar algunos obstáculos que —si bien pueden ser sólo interpretativos— han dificultado grandemente la expansión y masificación del uso de medios electrónicos en la actividad contractual. Sobre ellos, nos detendremos a continuación.

C. Falencias y modificaciones legales necesarias

1. Cuestiones preliminares

Para abordar jurídicamente el fenómeno de la contratación pública electrónica, antes de analizar aquellos obstáculos que hoy en dificultan el desarrollo de la política gubernamental en la materia, es necesario tener en cuenta dos consideraciones:

- La contratación pública electrónica como expresión del comercio electrónico y la telemática. La contratación pública electrónica es expresión del comercio electrónico, de modo que un análisis jurídico de esta materia implicará necesariamente examinar las bases legales y teóricas del EC (*e-commerce*) en que descansa, para aplicarlas explícitamente a la contratación del Estado por medios telemáticos. La contratación en general resiste un análisis jurídico determinado, pero cuando esta actividad se realiza por medio de la tecnología y la telemática (internet, entre muchas) el análisis jurídico debe variar y tener en cuenta diferentes aspectos que todavía no se han incluido en la regulación de la contratación tradicional.
- La contratación pública electrónica como expresión de la Función Administrativa. La contratación pública es expresión de la Función administrativa y está enmarcada dentro de la normatividad y principios propios bajo los cuales actúan la Administración y los particulares contratantes. De esta forma, no puede analizarse la contratación pública electrónica y perder de vista el marco conceptual y jurídico dentro de cual se desarrolla, esto es, la normas de derecho público. Si bien a la actividad contractual del Estado se le ha tratado de imprimir

un carácter mixto, en virtud del cual las normas de derecho privado informan el contenido de los contratos, debe recordarse que el procedimiento de formación del mismo está regulado por normas de derecho público.

Estas dos consideraciones sirven de base para identificar el marco jurídico estructural de la contratación pública por medios electrónicos. Son, sin duda, los dos marcos conceptuales que aportan los elementos jurídicos básicos que describen el funcionamiento de un sistema electrónico de contratación pública.

Para hablar de contratación pública electrónica, necesariamente tenemos que analizar el marco legal actual sobre contratos estatales, esto es, la Ley 80 de 1993²⁴. Esta ley, lastimosamente, no contiene una disposición especial sobre el uso de medios electrónicos para la contratación estatal. Sólo a partir de las iniciativas de modificación²⁵ que se han presentado en los últimos cuatro años, se ha tratado de incluir el tema, lo cual nos impone la necesidad de precisar si hoy día esa alusión expresa es necesaria para darle lugar a la celebración de contratos estatales por medios electrónicos.

Por otro lado, la Ley 527 de 1999 regula el uso de mensajes de datos y su ámbito de aplicación es general, salvadas las excepciones expresamente previstas en el artículo 1^o²⁶. Sin embargo, no es claro que esta ley pueda aplicarse para ciertas expresiones o actuaciones de la Administración pública, ya que si bien ella pretende tener un espectro amplio no podemos olvidar que sigue siendo una norma inspirada

24. Tenemos que obviar, necesariamente, los más de 35 regímenes especiales sobre contratación estatal que, sin duda alguna, han hecho de la Ley 80 de 1993 una excepción más y, contrario a como se quiso, le han quitado todo carácter de ley general con el que contó en su nacimiento. *Documento CONPES 3186 de 2002 "Hacia una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación estatal"*. Bogotá: CONPES..

25. Proyectos de Ley 085 de 2000 Senado, 018 de 2002 Cámara, 261 de 2002 Cámara, 06 y 07 de 2003 Cámara y, recientemente el 34 de 2004 Cámara.

26. Artículo 1^o. **Ámbito de aplicación.** La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en los siguientes casos:

(a) en las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales;

(b) en las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

por el derecho mercantil internacional, cuyos principios no siempre coinciden con los que informan las actuaciones de la Administración pública²⁷.

2. Las dos posiciones interpretativas

De conformidad con lo anteriormente expuesto, podemos identificar dos posiciones:

Primera. Como la Ley 527 de 1999 regula actos de comercio (electrónicos), ella forma parte de la ley mercantil y en consecuencia el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 la incluiría dentro del régimen de contratos públicos, pero sólo para lo que tiene que ver con *los contratos que celebren las entidades*²⁸, ya que como anotan los artículos 23 y 77 del mismo estatuto, en las actuaciones administrativas y precontractuales el derecho privado no es aplicable y, por el contrario, es el régimen de derecho público el que complementa las disposiciones restantes del Estatuto General de Contratación²⁹. Según esta posición, en las etapas precontractuales, poscontractuales y las actuaciones administrativas no podría aplicarse la Ley 527 de 1999, ya que ella pertenece a la normativa comercial, la cual está destinada a llenar exclusivamente vacíos respecto a los contratos estatales.

Segunda. El régimen de contratación pública es especial respecto al régimen general de los contratos, regulado en las normas civiles y comerciales. En tal sentido, los aspectos no regulados expresamente por la Ley 80 de 1993, en materia de contratos, tienen que interpretarse según el régimen general de contratos. Dentro

27. LAGUADO, Roberto. "Actos administrativos por medios electrónicos". *Revista de Derecho Informático ALFA-REDI*. Julio de 2003. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/revista/revista.asp?idRevista=62>. Navegada el 16 de octubre de 2003.

28. Inciso primero artículo 13 Ley 80 de 1993.

29. En efecto, "si se observa con rigor en la Ley 80 de 1993 se encontrará que un buen número de sus normas y principios tienen aplicación cabal en la fase precontractual o de formación de la voluntad del Estado, que se identifica con los procesos de selección, y muy escasas referencias a la parte que incluye la ejecución del contrato propiamente dicha. Para ésta existe una remisión genérica al derecho privado, mientras que para la primera se recurre al derecho público. En efecto, mientras el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 hace el llamado al derecho privado como normatividad aplicable a los contratos estatales, los artículos 23 y 77 invocan el derecho público, no para los contratos, sino para las actuaciones contractuales y administrativas de las entidades, entendidas éstas como las previas a la celebración del contrato". (DÁVILA. Luis Guillermo (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Segunda edición, Bogotá: Legis. pp. 346-347).

de tal régimen, la Ley 527 de 1999, y en tal sentido, podría aplicarse en punto de contratación pública. Además, la Ley 527 de 1999 es enteramente aplicable a la contratación pública, ya que su artículo 1º no excluyó esta actividad de su ámbito de aplicación; adicionalmente, el principio de equivalencia funcional es perfectamente extensivo al campo de las actuaciones administrativas; no obstante su rigorismo y ritualidad y finalmente³⁰, en las actuaciones administrativas también es admisible el uso de mensajes de datos³¹.

A partir de las dos posiciones expuestas pretendemos poner sobre la mesa la falta de claridad que existe acerca de la validez del uso de medios electrónicos en la contratación pública colombiana. Le dejamos al lector la posibilidad de analizarlas y de escoger una de ellas. Por nuestra parte pasamos a exponer nuestra visión crítica y prospectiva sobre el tema.

D. Conclusiones. El deber ser normativo e interpretativo de la contratación pública electrónica colombiana

1. A partir de las diversas precisiones ya expuestas, queremos ahora proponer aquellas ideas y formas de interpretación que ayudarían a sortear esas dificultades. En primer lugar, advertimos la necesidad de clarificar la interpretación sobre el ámbito de aplicación de la Ley 527 de 1999, valioso y útil instrumento que como muchas normas tardan en adecuarse y en formar parte del día tras día de sus destinatarios. Con ello, podríamos acabar con las dudas respecto a las inconsistencias y falta de comunicación con el sistema normativo de derecho público. Esto implica, en últimas, definir a ciencia cierta que la Ley 527 de 1999 no sólo es aplicable a la contratación estatal sino también a todas las actuaciones administrativas.

2. La anterior interpretación permitiría generar en soporte electrónico todo tipo de documento del proceso contractual público, gozando de equivalencias funcionales con el papel.

30. Artículo 5º de la Ley 527 de 1999.

31. Artículo 10º de la Ley 527 de 1999.

Traemos a colación las palabras de un ilustre profesor de comercio electrónico que ve en la Ley 527 de 1999 un instrumento legal suficientemente claro y expreso para que las actuaciones administrativas —y no sólo las contractuales— puedan llevarse a cabo por medios electrónicos. Su valiosa posición debe hacerse extensiva y replicarse jurídica pero también culturalmente en pro de un significativo cambio en la forma de hacer las cosas en materia de contratación pública electrónica:

“El nombre de la Ley 527 no debe confundirnos. Si bien se llama la ley de comercio electrónico tiene vocación a aplicarse de manera transversal a todas las ramas de derecho, incluyendo el derecho administrativo, y no sólo a la rama comercial. Justamente, el artículo primero señala que la ley se aplicará a todo tipo de información en forma de mensajes de datos con dos excepciones bien precisas: una, las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales y dos, las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo. La ley es suficientemente clara y no hay necesidad de hacer algún otro análisis teleológico para tratar de justificar que no se aplica a las actuaciones de la Administración. El derecho administrativo no es una rama aislada del ordenamiento. Las normas que aplican por ejemplo en el tema de firmas están en el Código de Comercio y la Ley 527, no hay que buscarlas en el Código Contencioso Administrativo porque no están. Ahora bien, el alcance de la Ley 527 está limitado a lo que ella misma establece. Si la ley determina que un documento requiere una determinada solemnidad, pues debe cumplirse con esa solemnidad. La 527 no dice que un documento electrónico no deba cumplir con las solemnidades que la ley exige. Por ejemplo, actualmente una norma establece expresamente que las escrituras públicas deben estar en papel sellado, un documento electrónico no puede estar en papel sellado, pero la ley no dice que las copias de la escritura pública deben estar en papel, luego esta copia podría ser un mensaje de datos. Pero si la ley no establece claramente una exigencia de este estilo, nada impide para que haya libertad de formas. Cuando apareció la máquina de escribir seguramente hubo quien se opusiera a que los

funcionarios públicos escribieran en ella alegando que esto podría hacer perder la certeza de la originalidad y que como la ley no se los había permitido no podían hacerlo. Hoy creo que todos estamos de acuerdo en que no debe haber una ley que expresamente habilite a los funcionarios públicos para emplear máquinas de escribir. Los usos y la manera como tradicionalmente se hacen las cosas no son fuente de derecho”³².

En otras latitudes, las leyes de contratación pública incluyen normas específicas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación. Es el caso del Perú, que en la sexta disposición complementaria de su Ley de Contrataciones expresa que “*las entidades, adicionalmente a los métodos documentarios tradicionales, podrán utilizar medios electrónicos de comunicación para el cumplimiento de los distintos actos que se disponen en la presente ley y su reglamento. (...) En todos los casos se deberán utilizar las tecnologías necesarias que garanticen la identificación de los participantes y la confidencialidad de las propuestas. (...) El Reglamento establece las condiciones necesarias para la utilización de los medios electrónicos de comunicación*”^{33, 34}. Sin embargo, como anota el reglamento correspondiente, todavía hay actuaciones administrativas —como la notificación— que deben realizarse por métodos tradicionales. Así pues, se ha generado un solo ordenamiento sobre contratos administrativos donde está expresamente

32. Álvaro Ramírez Bonilla, director de B&R Soluciones Legales.

33. Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Decreto supremo 012-2001-PCM.

34. Por su parte, el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Perú, Decreto supremo 013-2001-PCM., dispone en su artículo pertinente: Artículo 23. Medios electrónicos de comunicación. “La entidad podrá utilizar medios electrónicos de comunicación para la realización de los actos relativos a la convocatoria, venta y entrega de Bases, presentación y absolución de consultas, formulación y absolución de observaciones y notificación del otorgamiento de la *buena pro*, tales como su página web, el correo electrónico u otros de naturaleza análoga. (...) La utilización de los medios electrónicos de comunicación es opcional siempre que permitan confirmar su recepción y no exime de la obligación de notificar la realización de los actos señalados en el primer párrafo por los medios documentarios tradicionales de comunicación. (...) Sin embargo, cuando exista autorización expresa de los interesados, la notificación efectuada por estos medios tendrá plena eficacia sin necesidad de recurrir a los sistemas tradicionales de comunicación. (...) Cuando sean los particulares quienes deseen utilizar los medios electrónicos de comunicación en forma exclusiva, deberán comunicar tal hecho a la Entidad en el documento que, utilizando dichos medios, remitan a ésta, siempre que la entidad decida la utilización de estos medios”.

prevista la posibilidad del EGP. Por el contrario, Colombia cuenta con dos ordenamientos distintos y tal vez inconciliables.

Argentina también constituye un excelente ejemplo, pues dispuso un título completo sobre contrataciones en formato electrónico, en el Decreto 436 de 2000 — Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del estado nacional— sobre contratación electrónica. En efecto, las normas contenidas en el capítulo II del título X sobre compras informatizadas, establecen que las Compras informatizadas³⁵ se caracterizarán por la confección y entrega del Pliego de bases y condiciones particulares y el Pliego único de bases y condiciones generales y la presentación de ofertas **en medios de almacenamiento magnético estándar**, dando lugar estas últimas, después de la apertura, a la constitución de una base de precios. Igualmente establece en su artículo 123 que en el lugar, día y hora indicados en la convocatoria deberán ser entregados el **medio de almacenamiento magnético que contenga la oferta y la garantía de mantenimiento de ésta, en un sobre cerrado**. Las previsiones legales impulsan de esta forma la digitalización del expediente electrónico. Colombia no ha llegado a este punto y todavía es común que todas las ofertas presentadas a los procesos estén constituidas por cientos de folios en papel.

De forma similar, el capítulo II del decreto 1023 de 2001 de Argentina regula la contratación pública electrónica de la siguiente manera³⁶:

“Capítulo II. Contrataciones públicas electrónicas

Artículo 21. Contrataciones en formato digital Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspon-

35. Artículo 118.

36. Si además se tiene en cuenta que con la reciente expedición del Decreto 2628 de 2002 se terminó de crear la infraestructura de firma digital para la Argentina, hay que concluir que estos artículos cobran mayor importancia.

dan. También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el artículo 5° del presente.

Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 2° estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación.

Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por el presente. Deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del artículo 8° de la Ley 19.549, su modificatoria y normas reglamentarias, en los términos establecidos en las disposiciones referentes al empleo de la firma digital en el Sector Público Nacional, las que se aplicarán, en el caso de las contrataciones incluidas en los artículos 4° y 5° de este régimen, aun a aquellos actos que produzcan efectos individuales en forma directa.

Los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.

Artículo 22. Regulación. La reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión, lo referente al proceso electrónico de gestión de las contrataciones, los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documentación y el expediente digital”.

3. Vimos que varios países hacen de la contratación pública electrónica un tema de tratamiento legal autónomo, que está incluido expresamente en sus normas de contratación pública. Hoy día Colombia cuenta con dos herramientas normativas aisladas la una del otra, con las cuales está tratándose de implementar la contratación pública electrónica: el Decreto 2170 de 2002 y la Ley 527 de 1999.

En la Ley 527 de 1999 se regula la aplicación de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos, comunicación de los mensajes de datos, comercio electrónico en materia de transporte de mercancías, firmas digitales, certificados digitales, entidades de certificación y suscriptores de firmas digitales. El principal objetivo de la Ley de Comercio Electrónico es adoptar un marco normativo que avale los desarrollos tecnológicos sobre seguridad en materia de comercio electrónico, de manera que pueda darse pleno valor jurídico a los mensajes electrónicos de datos que hagan uso de esta tecnología. Por otro lado, el Decreto 2170 de 2002 señala las reglas para incluir información de etapas y procesos contractuales en la internet, reitera el principio de equivalencia funcional en materia de contratación pública (a nivel de información), señala reglas de interacción electrónica entre entidad y contratista y, finalmente, señala las reglas para sentar las bases de un sistema de información en contratación pública.

4. No es útil para el desarrollo de una política pública en materia de contratación electrónica partir de la base de una insuficiencia legal y de instrumentos jurídicos que permitan llevar a cabo actuaciones contractuales en formato digital con plena validez jurídica y probatoria. En otro trabajo analizamos el caso de la producción del acto administrativo por medios electrónicos para concluir que aunque este instrumento volitivo de la administración puede estar soportado en formato digital, difícilmente podría surtir sus efectos jurídicos, ya que el ordenamiento jurídico no permite utilizar formas electrónica para integrarlo con el mundo real, exteriorizando su mandato. En pocas palabras, el acto puede erigirse en formato digital, pero no podrá ser eficaz jurídica ni probatoriamente porque nuestro ordenamiento no permite que el mismo sea notificado o publicado por un mecanismo distinto a los tradicionalmente señalados en el Código Contencioso Administrativo³⁷.

Por esta razón y circunstancia, que no puede superarse sin modificar nuestro Código Contencioso Administrativo, es necesario buscar una reforma al marco legal de la

37. Véase en extenso LAGUADO, Roberto, "Actos administrativos por medios electrónicos". *Revista de Derecho Informático ALFA-REDI*. Julio de 2003. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/revista/revista.asp?idRevista=62>. Navegada el 16 de octubre de 2003.

contratación pública, que expresamente permita que toda la actuación administrativa contractual, y sobre todo la precontractual, pueda llevarse a cabo por medios electrónicos. Esto implica no sólo permitir que el acto mismo conste y se produzca a través de formatos digitales sino que su notificación y publicación también pueda realizarse a cabo por estos medios.

5. Para superar estos obstáculos interpretativos, que sólo impiden que se masifique el uso de los medios electrónicos, será necesario dotar de claridad y de instrumentos normativos contundentes que generen confianza en el funcionario público, los ordenadores de gasto y los proveedores usuarios de la contratación electrónica.

6. Se puede concluir que no existen vacíos interpretativos ni legales, pero el caso es que la confianza de los funcionarios públicos no está ahí presente y, por lo mismo, se limitan a cumplir los mandatos de información establecidos en el Decreto 2170 de 2002, sin avanzar a la gestión pública electrónica. Lo cierto es que se necesita que el funcionario público tenga tranquilidad de que no vulnera el respeto al principio de legalidad de la función administrativa cuando decide producir un acto y notificarlo electrónicamente.

Por esta razón están impulsándose dos iniciativas legislativas. La primera de ellas pretende dotar a todo procedimiento y actuación administrativa electrónica de equivalencia funcional y se concreta en la propuesta del siguiente artículo del Proyecto de Ley Antitrámites:

“Artículo 7°. *Medios tecnológicos.* Sin perjuicio de lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, para atender los **trámites y procedimientos de su competencia**, los organismos y entidades de la Administración pública deben emplear **cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan**, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa.

La sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos podrá tener lugar por medios electrónicos.

Para el **trámite, notificación y publicación** de tales actuaciones y actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas” (negritas fuera del texto original).

El artículo no sólo indica que la actuación puede llevarse a cabo electrónicamente sino que también podrá notificarse y publicarse por medio de estos instrumentos.

La segunda iniciativa está contemplada en el Proyecto de Reforma a la Ley 80 de 1993, en el cual de forma concreta y limitado al procedimiento administrativo contractual, se trató de dotar de todos los instrumentos jurídicos para que este proceso pueda efectuarse por medios telemáticos. Así pues, el artículo propuesto en la Reforma³⁸ reza lo siguiente:

“Artículo 31. De la utilización de medios electrónicos. El artículo 79 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la actividad contractual, los contratos, la sustanciación de las actuaciones y la expedición de los actos administrativos podrá tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas”.

Ya para finalizar, esperamos haber expuesto claramente el interés y los esfuerzos que los dos gobiernos, el pasado y el actual, han desplegado para avanzar en el desarrollo de la contratación pública por medios electrónicos, reflejando su compromiso constante y filosófico en la lucha contra la corrupción en la contratación pública, tratando de que la ejecución del gasto público sea cada vez más transparente y eficiente.

Los procesos de construcción de sistemas de contratación pública electrónica no son de corto plazo. Por el contrario, requieren un largo compromiso de los gobiernos

38. Proyecto de Ley 034 de 2004. Comisión Primera Cámara de Representantes.

y los funcionarios responsables de diseñar el esquema. No se puede pretender alcanzar las metas que obtienen los países desarrollados porque su velocidad de reacción es distinta, mayor en la generalidad de los casos, pero ante todo, apoyados por procesos institucionales un tanto más sólidos que los nuestros. Debemos seguir el ejemplo pero también aprender de nuestros propios errores.

En cuatro años de labores, las entidades a cargo de impulsar la construcción y la estrategia de contratación electrónica ya cuentan con un *know-how* importante y con ejemplos de países cercanos que les permiten ver más claramente hacia dónde debe orientarse la política y en qué sentido deben adoptarse las decisiones.

El trabajo del Gobierno siempre ha sido serio. Las responsabilidades han sido distribuidas tratando de guardar el mejor equilibrio y respeto a las actividades misionales.

No podemos dejar a un lado los grandes *inputs* que la banca multilateral ha brindado desde el 2002. El Banco Mundial como el Interamericano de Desarrollo han apoyado muy de cerca el proceso dentro del país, brindando asistencia técnica, recursos económicos significativos y ayudando a idear una política de contratación pública electrónica cada vez más acorde con los desarrollos conceptuales y técnicos modernos y las experiencias internacionales.

Las perspectivas apuntan a que, en un poco menos de dos años, Colombia pueda incursionar en el listado de los países con sistemas electrónico de contratación. Resta seguir acompañando el proceso y esperar que el esfuerzo de cuatro años hacia atrás rinda sus frutos en beneficio de todos los operadores de la contratación con dineros públicos.

Bibliografía

- Agenda de Conectividad, Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP. Instructivo de Políticas y Estándares sobre publicación de información sobre contratación pública en Internet.
- DÁVILA, Luis Guillermo (2003). *Régimen Jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis. 2da Edición.
- Decreto 2170 de 2002
- Decreto 3816 de 2003
- Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3186 de 2002. Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.
- Departamento Nacional de Planeación. Documento Documento CONPES 3249 de 2003. Política de contratación pública para un Estado gerencial.
- Directiva Presidencial 02 de 2000
- LAGUADO, Roberto (2002). *Sistemas de e-government Procurement*. Revista jurídica del Perú. No. 40. Noviembre.
- LAGUADO, Roberto (2003). *Actos Administrativos por medios electrónicos*. Revista de derecho informático. ALFA-REDI. Julio.
- Proyecto de Ley 034 de 2004. Comisión Primera Cámara de Representantes.

Capítulo 2.

Juez competente en internet: perspectiva colombiana

Rafael Hernando Gamboa Bernate*

“Hay que aplicar las normas que hay
y no las que queremos”

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Master en leyes (LL.M.) en Tecnologías de la Información de The John Marshall Law School Chicago. Master en leyes (LL.M.) en Propiedad Intelectual de The John Marshall Law School Chicago. Ha sido profesor de pregrado de la Universidad de los Andes. Profesor de Postgrado la Universidad Sergio Arboleda. Trabajó con el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; también trabajó con el Consorcio Canales Nacionales Privados de Televisión Caracol Televisión y RCN Televisión. En la ciudad de Chicago trabajó con el Latinamerican Legal Initiatives Council del American Bar Association. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Miembro del Centro de Estudios de Derecho en Nuevas Tecnologías de la Universidad Javeriana; miembro del GECTI de la Universidad de los Andes. Miembro de ACIS y ACPI. Consultor del Consejo Superior de la Judicatura para el uso de la Tecnología en la Rama Judicial. Actualmente se desempeña como Abogado de Bernate & Gamboa Abogados. Puede ser contactado en la siguiente dirección electrónica: rhgb@bernateygamboa.com.

Bibliografía

Segunda de Conectividad, Proyecto de Contratación Pública GTRF-DNP, Instructivo de Políticas y Estándares sobre publicación de información sobre contratación pública en Internet.

MAVILA, Luis Guillermo (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Pública*. Bogotá: Legis. 2da Edición.

Capítulo 2.

Decreto 2170 de 2000
Decreto 3816 de 2003
Decreto 2170 de 2000

Decreto 2170 de 2000
Decreto 3816 de 2003
Decreto 2170 de 2000

Decreto 2170 de 2000
Decreto 3816 de 2003
Decreto 2170 de 2000

Decreto 2170 de 2000
Decreto 3816 de 2003
Decreto 2170 de 2000

Decreto 2170 de 2000
Decreto 3816 de 2003
Decreto 2170 de 2000

Decreto 2170 de 2000
Decreto 3816 de 2003
Decreto 2170 de 2000

Decreto 2170 de 2000
Decreto 3816 de 2003
Decreto 2170 de 2000

Decreto 2170 de 2000
Decreto 3816 de 2003
Decreto 2170 de 2000

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Máster en leyes (LL.M.) en Tecnología de la Información de The John Marshall Law School Chicago. Máster en leyes (LL.M.) en Tecnología de la Información de The John Marshall Law School Chicago. Es abogado de la Universidad de los Andes. Profesor de Posgrado en Tecnología de la Información en la Facultad de Ingeniería y Construcción de la Cámara de Comercio de Bogotá, también trabajó con el Consejo Nacional de Televisión de Televisión Cámara Televisión y RCN Televisión. En la ciudad de Chicago trabajó con el Laboratorio Legal Initiative Council del American Bar Association. Miembro del Instituto Colombiano de Gestión Procesal, Miembro del Centro de Estudios de Justicia en Bogotá. Miembro de la Universidad Javeriana, miembro del DECI de la Universidad de los Andes. Miembro de la ACIS y ACPI. Consultor del Consejo Superior de la Judicatura para el uso de la Tecnología en la Rama Judicial. Actualmente se desempeña como Abogado de Bernarte & Gamboa Abogados Ltda. en el sector de la siguiente dirección electrónica: info@bernartegamboa.com.

A. Introducción

Dentro de una organización social, el Estado asigna la llamada *jurisdicción*, entendida ésta como la capacidad que tendrá un juez (único o colegiado), para decidir, fallar y hacer exigible con fuerza de ley las controversias que se generen. En Colombia, el artículo 116 de la Constitución cita quien tiene jurisdicción en Colombia.

Hecha la cita de qué se entiende por jurisdicción, nos adentramos en otro punto no menos importante: la *competencia*. La competencia es un desarrollo de la jurisdicción, y es la que va a determinar qué juez (único o colegiado) es el competente para decidir un caso con específicas características, como domicilio acordado, domicilio de las partes, entre otros.

En general, lo que buscan las reglas para determinar la competencia es facilitar y mejorar la defensa del presunto responsable y, de una manera subsidiaria, facilitar el derecho de acción mediante la adopción de ciertas reglas.

La Competencia en particular busca garantizar principios constitucionales y procesales básicos como el debido proceso, la correcta citación, entre otros.

No es del caso explicar orígenes y funcionamiento de la internet¹, bástenos decir que en general la internet es un sistema de interconexión de computadores que pueden estar físicamente ubicados geográficamente en distintas partes del planeta, y pueden ser controladas por personas sometidas a regímenes legales diferentes.

Precisamente la dispersión de personas y máquinas sometidas a diferentes legislaciones, despierta el debate del “juez competente² en internet”, el cual es tema de este capítulo.

1. (2003). **Derecho de internet & telecomunicaciones**. Bogotá. Editorial Legis . p.p. 239-252.
2. En otros países, la “**Jurisdiction**” es lo que en Colombia llamamos competencia.

Con la interiorización de la internet en culturas como la colombiana, nos vemos enfrentados con nuevos retos de asimilación de nuevos desarrollos tecnológicos y la preexistencia de ciertos criterios normativos, los cuales, como en el caso del presente escrito, puede generar un reto aun mayor.

El fin de este escrito es presentar que, si bien el reto de la asimilación es grande, en Colombia el desarrollo jurisprudencial no es diferente a lo sucedido en diferentes países y en la medida en que podamos aprovechar y hacer propias las experiencias internacionales podremos depurar nuestro desarrollo jurisprudencial en el tema del “Juez Competente en internet”.

B. Origen del estado

Para efectos de este escrito, se parte de la existencia de un Estado que tiene muchas obligaciones, entre otras, administrar justicia. Esto se conoce como la jurisdicción, la cual se define como “la facultad que tiene el juez de administrar justicia”, Complementariamente con la jurisdicción encontramos la competencia del juez, objeto de la presentación, y que se define como “aquel llamado a decidir una controversia dentro de un territorio determinado y delimitado”. En Colombia, esta determinación y delimitación se encuentra en el mapa judicial expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

C. Relación entre derecho y tecnología

El Derecho como normas a las que debe ceñirse la sociedad con miras a mantener un orden se ve amenazado al desarrollar el ser humano actividades en el ya denominado “ciberespacio³ o cyberspace”.

El tema de la competencia del juez en internet despierta más dudas que respuestas. Existe la creencia de que el *cyberspace* se encuentra en todos lados y en ninguna

3. Término acuñado por el escritor de ciencia ficción William Gibson, en su novela *Neuromancer*, para definir el mundo de computadoras conectados y la sociedad que atrae.

a la vez, y por ende no le es aplicable ningún ordenamiento. En otras palabras, internet es un extramundo.

Sea la oportunidad para afirmar que esto no es así; más aún, esto no puede ser así, ya que con independencia de la estructura de la internet siempre los computadores estarán creados, manejados y controlados por una persona natural sometida a unas leyes de un país específico.

Internacionalmente han venido desarrollándose ciertos criterios que buscan en últimas determinar quién es el juez llamado a resolver la controversia. El presente escrito pretende esbozar estos criterios a la luz de consideraciones judiciales de orden nacional.

D. Conflictos de jurisdicción y competencia en internet

La jurisdicción y competencia están circunscritos a dos elementos fundamentalmente: (i) en cuanto a la jurisdicción, el aspecto relevante es saber quién tiene derecho a juzgar o decidir controversias en internet. Una vez identificado quién tiene derecho a juzgar o decidir, surge la pregunta de la competencia en internet; (ii) ¿quién decidirá en últimas la controversia? En otras palabras, en internet como en el mundo físico y tangible que conocemos debe definirse (i) quién tiene derecho a decidir —jurisdicción— y (ii) quién puede decidir —competencia—.

Respecto a la pregunta de la jurisdicción, o de quién tiene derecho a juzgar en internet, hay dos áreas para considerar: la local o nacional y la internacional o multinacional.

En cuanto a la local o nacional, cuando la controversia sucede en un país determinado, entre nacionales del mismo Estado, no cabe duda en afirmar que la Jurisdicción la tendrá la Rama Judicial, en el caso colombiano, todas aquellas personas citadas en el artículo 116 de la Constitución.

Respecto del área internacional o multinacional, el problema surge cuando la controversia recae en territorio de distintos Estados, y se involucran nacionales de diferentes Estados. Acá el factor determinante es la exigibilidad de la eventual

decisión que se adopte, pues como dice la frase, “tanto vale no tener normas como no poder exigir su cumplimiento”.

Efectivamente, en materia de internet, las controversias que recaen sobre dos o más Estados sólo han podido ser *resueltas* cuando existe una forma de exigir su cumplimiento.

Famosos son los casos de Georgia tech y de Yahoo. En el primero de ellos, en Francia, se demandó a la seccional francesa de la Universidad de Georgia Tech, porque su página web sólo se ofrecía en inglés, y la ley francesa exigía que toda la publicidad se realizara en idioma francés. Finalmente se optó por ofrecer la página web en varios idiomas. El otro caso famoso es el de Yahoo (portal de internet); en éste, un juez francés obligó a la compañía estadounidense a bloquear el acceso a los ciudadanos franceses para la venta de recordatorios nazis. En Francia, esa venta está prohibida pero en Estados Unidos está permitida, según su enmienda constitucional de libertad de expresión.

¿Cómo pudo un juez extranjero obligar a páginas de internet a cambiar su contenido? Simplemente demandando esas sociedades en áreas donde el juez *local* tuviera jurisdicción. No ocurrió lo mismo en el caso del denominado virus “I Love you”, en donde se estableció que el creador, y quien propagó en virus, era un residente de Filipinas, que nunca fue condenado por la sencilla razón de que su actividad no estaba tipificada como delito en Filipinas. No obstante lo anterior, dudo mucho que el programador filipino quiera (o pueda) visitar Estados Unidos, ya que nada raro tendría que en caso de pisar suelo estadounidense, fuera aprehendido, enjuiciado y condenado por todos los daños causados por su virus informático.

Todo lo anterior sirve para reafirmar que “tanto vale no tener normas como no poder exigir su cumplimiento”.

E. Juez competente a nivel internacional

En este capítulo se hará una presentación de cómo la jurisprudencia de otros países ha manejado qué juez va a ser llamado a decidir las controversias cuando suceden en internet.

A nivel internacional, el sistema estadounidense es el escenario perfecto para dilucidar el punto de la competencia en internet. Efectivamente, Estados Unidos de Norteamérica:

- a. Es líder tecnológico en el mundo.
- b. Es la economía más grande del mundo.
- c. Tiene una altísima cultura litigiosa.
- d. Las decisiones son numerosas y cuantiosas.
- e. Es un sistema federado.
- f. Las diferencias culturales y económicas entre los estados son muy marcadas.

Con lo anterior en mente, puede afirmarse que en gran medida Estados Unidos es en sí, una “sumatoria de naciones internet”. En resumen, la experiencia jurisprudencial estadounidense nos da *una rueda* que sería necio volver a reinventar.

A continuación se citará un caso representativo de los diferentes escenarios en donde se encuentran involucradas páginas web y elementos adicionales que confirieron o no competencia al juez que conoció del proceso.

1. Páginas web pasivas que por sí mismas, no confieren competencia

Cybersell, Inc. versus. Cybersell, Inc., 130F3d 414 (9th Cir.1997) (2). No se encontró competencia sobre el demandado ubicado en el estado de la Florida, en un caso de violación de marca iniciado ante un juez en el estado de Arizona. El demandado tenía una página web pasiva y no tenía contactos comerciales con Arizona, distinto del acceso a su página web.

2. Páginas web pasivas con efectos suficientes en el mercado, que si confieren competencia

Panavision International LP versus Toeppen, 938 F. Supp 616 (C.D. Cal., 1996 *aff'd*, 141 F. 3d 1316 (9th Cir 1998) (2). Se reconoció competencia sobre el demandado ubicado en el estado de Illinois, en un caso de infracción de marca registrada iniciada en el estado de California. El reconocimiento de la competencia

se hizo por la existencia de una página web pasiva, y por el ofrecimiento escrito que hizo el demandado al demandante de vender el dominio objeto de la controversia.

3. Páginas web interactivas que a pesar de contener algún elemento adicional, no confieren competencia

Green versus Williams Mason & Company, 996 F. Supp. 394 (D.N.J.) 1998. No se encontró competencia sobre un demandado ubicado en el estado de California, de parte del demandante ubicado en el Estado de Nueva Jersey. La Corte encontró que la página web del demandado y el número gratuito que había en ella, no constituían una “oficina virtual” en el estado de Nueva Jersey, y desechó las peticiones de competencia del juez del estado de Nueva Jersey para conocer del caso.

4. Páginas web interactivas que con algún elemento adicional, confieren competencia

Heroes, Inc. versus Hero Foundation, 958 F. Supp. 1 (D.D.C. 1996) (2). Se reconoció competencia respecto el demandado de Nueva York en un caso de infracción de marca registrada, cuyo proceso fue iniciado en el distrito de Columbia porque a la página web del demandado se podía tener acceso en el distrito de Columbia, y, adicionalmente, el demandado publicó anuncios en periódicos locales.

5. Realizar negocios en el mercado utilizando internet, confieren competencia

Zippo Manufacturing Company versus Zippo Dot Com, Inc. 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Se encontró competencia sobre demandado ubicado en el estado de California, por violación de marca registrada. Este caso se presentó en el estado de Pennsylvania, y el juez de Pennsylvania era competente porque el demandado tenía clientes de su servicio electrónico de noticias residentes en el estado de Pennsylvania. En este caso se articuló el análisis *sliding scale* de interactividad, el cual es útil para considerar las relaciones entre las funciones que puede realizar una página web comercial, y su definición en la competencia o no.

F. Juez competente en internet a nivel nacional (Colombia)

Como resultado de lo sucedido a nivel internacional, a en Colombia, las etapas de la competencia en internet pueden clasificarse en tres grandes etapas: (i) *mitificación* de internet; (ii) *materialización* de internet, y (iii) *análisis* de internet.

Colombia, aunque distante en tecnología y sociedad de otros países, viene experimentando el mismo proceso de desarrollo jurisprudencial en materia tecnológica.

La anterior afirmación se probó cuando en un solo proceso se dieron dos circunstancias de las tres que quien escribe esto estima se divide la competencia del juez en internet.

Efectivamente, en Colombia se desarrolló un antecedente judicial que por sus características permitieron explorar y poner de manifiesto que, independientemente de los deseos, la ley prima sobre éstos. Comon palabras usadas al inicio de este escrito: “Hay que aplicar las normas que hay y no las que queremos”.

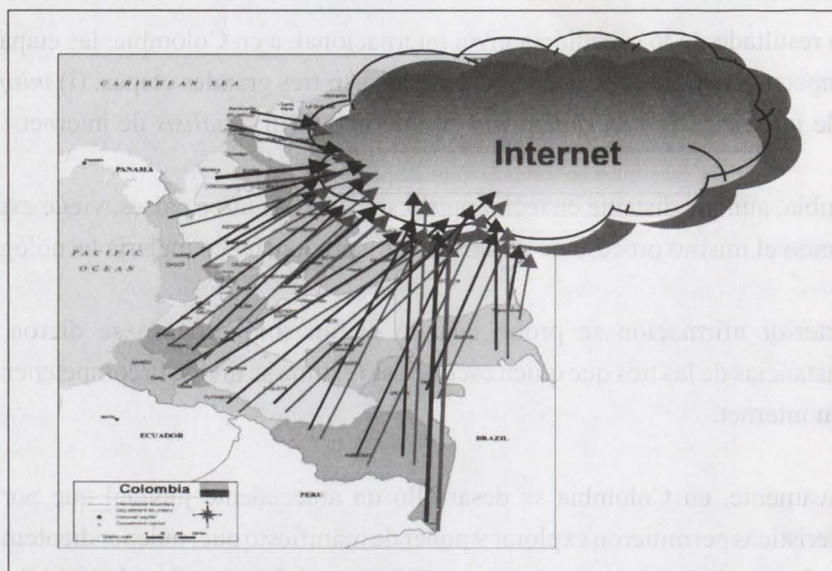
Valga agregar que hago un reconocimiento (tal como lo hice en un evento público) al interés y esmero de las personas que intervinieron en las decisiones que a continuación se tratan, las cuales, con independencia de mi posición personal, no demerita de manera alguna la importancia jurisprudencial del caso y su desarrollo, frente al reto de la tecnología y la normatividad colombianas.

1. Etapa de mitificación

En la primera etapa, que he denominado de *mitificación* de internet, existe la concepción que internet es un mundo intangible y *omnicomprensivo* de la competencia, según la cual todos los jueces son competentes de conocer controversias de internet, por el solo hecho que internet está en todas partes pero a la vez en ninguna.

Se cree que cada usuario está directamente conectado a internet y éste a su vez, está conectado directamente a cada usuario, como puede apreciarse en la figura 2.1.

Figura 2.1



Precisamente así lo entendió el Juez Segundo Promiscuo de Rovira, Tolima, dentro de la tutela instaurada por Juan Carlos Samper Posada, en contra de Jaime Tapias, Héctor Cediél y otros.

El citado juez se encontró competente para conocer de la tutela en la que las partes estaban domiciliados en Bogotá, ya que como lo afirmó en su sentencia:

"(...)los efectos jurídicos del manejo inadecuado de las nuevas tecnologías se desplegaron en el ciberespacio en donde esta ubicado el domicilio virtual del actor(...)" razón por la cual concluye diciendo que "(...)este juzgado como cualquier otro en cualquier parte de la República de Colombia es el competente para conocer de un asunto de esta naturaleza hasta cuando taxativamente la ley señale lo contrario."

Respetuosamente disiento de esta apreciación, ya que mal puede hablarse de un *domicilio virtual*, queriendo de esta manera establecer un domicilio *paralelo* al fijado por la ley. Adicionalmente, en el caso de las cuentas de correo electrónico,

podría pensarse que en caso de tener más de una cuenta de correo (en mi caso tengo cinco), estaría hablándose que yo tendría seis domicilios, uno dado por la ley y otros cinco virtuales.

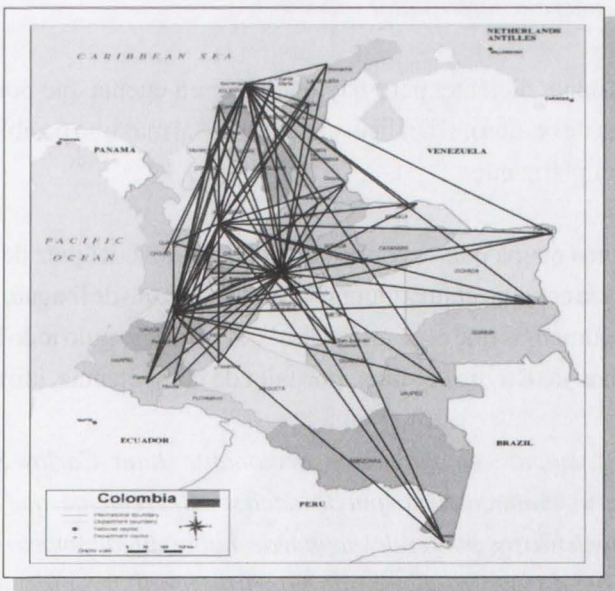
Esta primera etapa de *mitificación* de internet ya está revaluada a nivel internacional, y no basta que exista un correo electrónico o que una página web pueda ser vista en distintas partes para que se confiera competencia a un juez específico o, en el peor de los casos, se confiera competencia a *todos* los jueces de un Estado.

2. Etapa de materialización

En la segunda etapa, que he denominado la *materialización de internet*, se avanza un poco y de alguna manera se devela el manto de internet, para poner de presente que internet es más que una relación bilateral directa usuario/red.

En esta etapa, se hace un análisis más tecnológico de la estructura real de internet, y acá aparece una mezcla de realidad tecnológica con la existencia de normas judiciales.

Figura 2.2



Efectivamente, a la hora de ver su propia competencia o no, el juzgador se detiene a analizar el lugar físico en el cual se desarrolló, perfeccionó o ejecutó la situación generadora de la controversia.

Este lugar físico puede entenderse como el servidor de correo electrónico, el servidor que aloja una página web o el servidor que sirve de acceso al usuario para conectarse a internet.

El problema con esta etapa revaluada y superada radica en que el servidor en donde se desarrolló, perfeccionó o ejecutó la situación generadora de la controversia puede estar ubicado físicamente en otro lugar geográfico o tienen competencia diferente de las personas involucradas en la controversia.

A nivel internacional, un buen ejemplo de esta etapa es el caso sucedido en Estados Unidos, en el cual un residente del estado de Utah le envió vía correo electrónico a otro residente de Utah una amenaza de bomba.

Aunque ambos eran residentes del estado de Utah, debían aplicarse leyes federales, pues el correo electrónico que contenía la amenaza de bomba *viajó* hasta los servidores del ISP en el estado de Virginia, configurándose de esta manera lo que se denominó *comercio interestatal*.

Este caso es bastante diciente, pero hay que tener en cuenta que por el objeto del asunto (amenaza de bomba), el análisis se flexibilizó al máximo posible, para aplicar una sanción ejemplarizante.

En el caso que nos ocupa que se conoce como “La tutela del juez de Rovira”, ésta fue impugnada y la conoció el Juez Quinto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, quien dentro de los argumentos que esgrimió al declarar de oficio nulo todo lo actuado por el Juez Promiscuo de Rovira, Tolima, por falta de competencia, afirmó:

“(...)cuando el ciudadano accionante Juan Carlos Samper navega virtualmente, no puede decirse alegremente que él carece de domicilio, y por ende no puede haber lugar exacto de consumación de la conducta anticonstitucional, cuando en sentir del

despacho, para efectos de determinar la jurisdicción territorial y por ende la competencia para conocer de acciones de tutela respecto de derechos constitucionales fundamentales afectados o amenazados en esta actividad, debe ser apreciado el lugar donde se encuentre radicado e instalado el equipo del navegador virtual y mediante el cual él se conecta al ciberespacio” (subrayado fuera del texto).

Como se ve, el Juez Quinto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, con un buen criterio jurídico va más allá de lo planteado por el juez de Rovira, Tolima, pero infortunadamente sus importantes y cimentadas consideraciones no son del todo útiles por la posibilidad que hay que las partes y el sistema de cómputo estén ubicados geográficamente en sitios diferentes⁵.

3. Etapa de análisis

La tercera etapa dentro del desarrollo jurisprudencial en materia de juez competente en internet la he denominado la del *análisis de internet*.

En esta etapa, más allá de limitarse a ver internet como un elemento intangible o de verlo como una estructura, con base en la lógica, se analiza la verdadera intención de los actores de internet.

Precisamente, mediante la interacción de la lógica y la intención de las partes se logra desentrañar la respuesta de cuál es el juez competente para conocer de una controversia en internet.

En Colombia no hay jurisprudencia alguna que haya tratado esta denominada tercera etapa, pero sin lugar a dudas se tenderá hacia allá, cuando se exigirá del juzgador una labor analítica muy estricta.

5. Esta sentencia del Juez Promiscuo de Rovira, Tolima, en la impugnación fue declarada nula de oficio porque el superior (Juez Civil del Circuito de Ibagué) consideró que al estar las partes domiciliadas en Bogotá le correspondía al juez de Bogotá conocer de la tutela.

Recordemos entonces la clasificación ya explicada y soportada en casos de esta tercera etapa, descrita en el literal E (Juez competente en internet a nivel internacional).

Independientemente de su contenido, las páginas web (que pueden tener o no listas de correo) se dividen en dos: páginas web interactivas y páginas web pasivas.

Son páginas *web pasivas*, aquellas cuyo funcionamiento está limitado a ofrecer información de una manera unilateral, como lo hace una valla en la calle.

Serán páginas *web interactivas* aquellas que permitan una interacción con aquellos que las visitan, como ocurriría con un establecimiento de comercio ubicado en la calle de una ciudad.

Teniendo en mente la interactividad o no de las páginas web, pasamos a analizar los distintos escenarios en donde puede haber o no competencia de un juez en controversias de internet. Estos escenarios son:

- Páginas web pasivas que por sí mismas, no confieren competencia,
- Páginas web pasivas con efectos suficientes en el mercado, sí confieren competencia,
- Páginas web interactivas que a pesar de contener algún elemento adicional, no confieren competencia,
- Páginas web interactivas que con algún elemento adicional, confieren competencia,

La tutela fue remitida a la oficina de reparto judicial de Bogotá, en donde fue asignada a un juez civil municipal de Bogotá, el cual no tituló los derechos presuntamente vulnerados por, entre otras, existir otros mecanismos de defensa.

La *moraleja* de la tutela de Rovira, Tolima, es que por mucho que se quiera innovar, ser vanguardista, diferente a todo y todos los demás, la realidad es que existe una normatividad de obligatorio cumplimiento, y las normas tienen una razón de ser y existir, los cuales no pueden desconocerse so pretexto de tratar con un nuevo medio.

Realizar negocios o enfocar sus intenciones a un mercado específico en donde un juez tenga competencia, va a conferir por estos hechos competencia.

G. Conclusiones

Como se ha visto en este capítulo, la escasa jurisprudencia en Colombia viene recorriendo el mismo camino que ya recorrió la jurisprudencia internacional.

La anterior semejanza no podría ser distinta, pues corresponde al desarrollo lógico judicial de quien debe administrar justicia, que se ve inmerso en la coexistencia de unas normas de obligatorio cumplimiento y en una estructura compleja como la internet.

En la decisión del juez competente en la internet, el punto de quiebre va a darse cuando se mire y adopten, de una manera juiciosa, las experiencias foráneas para hacerlas propias, y evitar así volver a recorrer un camino el cual, como se vio, ya está recorrido y definido. Sería necio llover sobre mojado argumentando con premisas nacionalistas o de individualidad judicial.

Es labor imperativa de los funcionarios judiciales, así como de los profesionales del derecho, tender puentes entre la tecnología y el derecho, y en el caso del juez competente en internet la experiencia internacional brinda una valiosísima ayuda al desarrollo y consolidación de un sistema judicial colombiano que atienda a las necesidades y realidades de Colombia para procurar así una *justicia más justa*.

Bibliografía

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1984). Diccionario de la lengua española. Vigésima Edición, Tomo II, Madrid, España. P. 771.
- NEWTON'S TELECOM. Dictionary. Edición 15. p. 238.
- GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET COMERCIO ELECTRÓNICO & TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA, GECTI (2003). Derecho de internet & telecomunicaciones. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Editorial Legis.
- GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET COMERCIO ELECTRÓNICO & TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA (2002). Internet comercio electrónico & telecomunicaciones. Bogotá: Universidad de los Andes, Editorial Legis.
- <http://www.computeruser.com/resources/dictionary/index.html>
- <http://europa.eu.int/abc-es.htm>
- <http://www.georgiatech-metz.fr>
- www.yahoo.com
- www.yahoo.fr
- www.bernateygamboa.com
- www.geocities.com

Capítulo 3.

Derecho, economía e información.

Un análisis de la información como objeto del derecho y la economía

Carlos Pablo Márquez Escobar*

* Abogado y Bachiller en Filosofía Javeriano, Magíster en Economía y Master en Derecho Harvard University.

Bibliografía

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1984). Diccionario de la lengua española. Vigésima Edición, Tomo II, Madrid, España. P. 771.
- NEWTON'S TELECOM. Dictionary. Edición 15. p. 238.
- GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET COMERCIO ELECTRÓNICO & TELECOMUNICACIONES E INTERMEDIOS DIGITALES (2003). Derecho de Internet & telecomunicaciones. Bogotá: Universidad de la Universidad de los Andes, Editorial Legis.
- GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET COMERCIO ELECTRÓNICO & TELECOMUNICACIONES E INTERMEDIOS DIGITALES (2002). Internet comercio electrónico & telecomunicaciones. Bogotá: Universidad de los Andes, Editorial Legis.
- <http://www.computeruser.com/resources/dictionary/index.html>
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Internet>
- www.yahoo.com

Carlos Pablo Márquez Escobar*

www.berkeley.edu/~pabmar

www.geocities.com

* Abogado y Bachiller en Filosofía, Maestro en Economía y Magister en Derecho, Harvard University.

A. Generalidades de la teoría de la información y la comunicación

Desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, las tecnologías de la información han mantenido un papel protagónico en el desarrollo. En vista de tal fenómeno, se emprendieron múltiples escritos sobre la llamada *teoría de la información* o *teoría de la comunicación*, los cuales tenían como objeto establecer cuál era la influencia de la información sobre la esfera económica, jurídica y social. Se pensaba que la sociedad capitalista estaba cambiando, que habíamos superado la modernidad y que el papel del ser humano en la sociedad daría un vuelco tal que la concentración de los medios de producción dejaría de ser el elemento de poder por excelencia, para cederle su lugar a la información como nuevo elemento propio de quien está en el poder.

Así, se realizaron múltiples investigaciones, como la de Daniel Bell en 1973¹, Zbigniew Brezezinski en 1973², Manuel García Pelayo en 1974³, Simon Nora y Alain Minc en 1981⁴ y Herbert Schiller en 1983⁵, las cuales continuaron el desarrollo de los estudios que un conjunto de matemáticos y científicos norteamericanos habían iniciado en la época de la posguerra, encabezados por Claude E. Shannon y Norbert Wiener.

Shannon, en su estudio publicado en 1948 y titulado "*Mathematical theory of communication*"⁶ formuló los principios matemáticos que han sustentado desde entonces la teoría de la información. Y Wiener, en el escrito titulado *Cybernetics*, hizo pública la importancia de las comunicaciones en la mayoría de las ciencias, en la sociedad y en el ámbito jurídico⁷ y, de cierto modo, impulsó el desarrollo de las

-
1. BELL, Daniel (1976). *El advenimiento de la sociedad posindustrial*. Madrid: Alianza.
 2. BREZEZINSKI, Zbigniew (1973). *La era tecnológica*. Buenos Aires: Paidós.
 3. GARCÍA PELAYO, Manuel (1974). *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*. Madrid: Alianza. Fondo de la Cultura Económica.
 4. NORA, Simon y MINC, Alain (1981). *La informatización de la sociedad*. México: Fondo de la Cultura Económica.
 5. SCHILLER, Herbert (1983). *El poder informático*. Barcelona: Gustavo Gili.
 6. SHANON, Claude E (1948). A mathematical theory of communication. *Bell System Technical Journal*. No. 27. Citado por CROSSON, Frederick y SAIRE, Kenneth (1982). *Filosofía y Cibernética*. México: Fondo de la Cultura Económica.
 7. WIENER, N. *Cybernetics* (1948). Cambridge, Mass.: M.I.T. Press. Citado por CROSSON, Frederick y SAIRE, Kenneth (1982). *Filosofía y Cibernética*. México: Fondo de la Cultura Económica.

disciplinas derivadas de la informática. Con base en aquellas investigaciones, los estudios sociológicos emprendidos a finales de la década del setenta y principios de la del ochenta llegaron a importantes conclusiones. Se demostró cómo el papel del sector servicios en las economías nacionales incrementó enormemente su participación en el producto interno en relación con los otros sectores reales de la economía, generando un flujo de capitales del sector industrial al sector servicios, de la misma manera como sucedió tiempo atrás con la Revolución Industrial, cuando el flujo se dio del sector agrícola al industrial. Así mismo, la educación comenzó a desempeñar un papel más relevante dentro de la sociedad. Los esfuerzos estatales por incrementar la alfabetización de principios de siglo se complementaron con el fortalecimiento de las instituciones educativas privadas, con lo que se afianzaron las profesiones liberales debido a su utilización en procesos industriales.

Con la explosión educativa, la información técnica y teórica proliferó en las universidades y en los numerosos centros de investigaciones que se fundaron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. También se dio una mayor importancia a nuevas ciencias, como la estadística y la econometría. Así, con el nacimiento de ésta, y con la percepción de que la información que ella proveía era un elemento fundamental para la toma de decisiones económicas, los dueños de los medios de producción comenzaron a acaparar esos *bienes informáticos*. De este modo se desarrollaron métodos para el fácil y rápido cotejo de información: se inventó el teléfono, el telégrafo, la máquina de escribir, etcétera. La transmisión de información fue cada vez más rápida, a pesar de ser más formal debido a la utilización de códigos y claves virtualmente inmodificables.

Además de aquellos desarrollos de las tecnologías de la información, en los primeros años del siglo XX se creó una de las tecnologías de la información que cambiaría radicalmente el proceso de almacenamiento, catalogación y recuperación de información: el *computador electrónico*. Antes existían computadores mecánicos, los cuales, mediante procesos estructurados con piñones y palancas, permitían realizar cálculos como sumas, restas, multiplicaciones, etcétera. Pero sólo cuando se ingenió el sistema electrónico, se llegó a pensar en el mejor aprovechamiento del computador como sistema de procesamiento de información. Con la invención del transistor, la velocidad de procesamiento mejoró y con éste el ascenso en la

velocidad y la capacidad de almacenamiento de información. Se crearon las bases de datos y el cotejo de información fue cada vez más fácil, más directo y más rápido. Incluso los más osados consideraron crear sistemas que resolvieran directamente cuestiones jurídicas⁸. Por ejemplo, se generaron institutos para el desarrollo de un pensamiento filosófico en respuesta al papel de la computadora en la sociedad, como el de la Universidad de Notre Dame⁹.

Estos avances tuvieron muchos detractores que se fundaron en el manejo que estaba dándosele a las nuevas tecnologías de la información. Aquéllos vieron en los computadores y sus gigantescas bases de datos una amenaza a su intimidad, e incluso una amenaza contra la democracia misma, pues con el manejo incontrolado de tales tecnologías se permitía el fortalecimiento de la vigilancia estatal, y, peor aún, el papel del Estado frente a la sociedad civil estaba comercializándose, pues se hacía uso de la *vigilancia electrónica de los ciudadanos* para lograr el pago de impuestos, de la misma forma que los comerciantes comenzaron a estatizarse, en la medida que ellos tomaron para sí la función conductora de la sociedad civil que ostentaba el Estado moderno, para luego ejercer la vigilancia con un matiz disciplinador¹⁰.

A fin de mejorar el desempeño de tales funciones, la Informática, entendida como ciencia que estudia la información y los medios de transmisión de información, surgió como el centro de atención sobre el cual giraron cada uno de los desarrollos tecnológicos del siglo XX. Así, la industria de las telecomunicaciones, como principal

8. Para una referencia amplia sobre el tema consultar: FROSINI, Vittorio (1978). *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos.

9. INSTITUTO FILOSÓFICO PARA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. University of Notre Dame, Indiana. Creado en 1965.

10. Este punto ha sido objeto de múltiples debates en la doctrina nacional e internacional. La proliferación de bases de datos sobre personas ha generado conceptos como la *data-imagen*, sustentada como el *yo* del sujeto en una base de datos. *Yo* distinto de *yo* real. En países más desarrollados existen miles de bases de datos en las que se manejan una infinidad de datos personales disfrazados en números como el de la Seguridad Social en Estados Unidos, donde con el solo acceso a la base se puede tener un perfil psicológico, sociológico, económico y jurídico de cualquier persona. Para un estudio más detallado sobre el tema véanse: MÁRQUEZ-ESCOBAR, Pablo (2004). *El ojo ve, el poder mira: la arquitectura para la vigilancia y el final de la privacidad*. Bogotá, Javegraf; LYON, David (1994). *El ojo electrónico: el auge de la sociedad de vigilancia*. Santa Fe de Bogotá: Alianza, NEGROPONTE, Emmanuel (1995). *Digital Being*. Buenos Aires: Atlántida.

medio de transmisión de información, ostenta el mayor índice de crecimiento en la última década del siglo XX, y la razón fundamental de ello es que el ser humano actual vive y se desarrolla en un medio en el que los datos, la información y la comunicación son parte fundamental de la vida diaria, y en el que, además, no estar informado impide la toma de decisiones económicas racionalmente.

B. Una aproximación teórica a la información

Antes de entrar en un estudio económico y jurídico debemos preguntarnos: ¿qué es la información? ¿Qué papel cumple la informática en la sociedad? ¿Cuál es la relación entre la informática y la cibernética? ¿Qué relación tiene la información y las tecnologías de la información? ¿Cuál es el papel del computador dentro de las tecnologías de información? ¿Cuáles son las ventajas que genera la información dentro de la llamada *sociedad informática*?

Como ya se mencionó, en 1948, Wiener escribió su más famoso libro titulado *Cybernetics (cibernética)*. La palabra *cibernética* tiene su origen etimológico en el griego *kybernétes*¹¹, *kyberneétees*¹² y *Kyberneetikeé*¹³, la cual refleja, en general, el arte de gobierno. La palabra ya había sido introducida por Ampère en 1834, en su *Essai sur la philosophie des sciences ou exposition analytique d'une classification naturelle de toutes les connaissances humaines*, encuadrándola en el sentido expuesto pero desde un punto de vista diferente al de Wiener. Para Wiener, la palabra tenía sentido desde una de sus traducciones, es decir, como piloto¹⁴, o como arte del manejo del timonel¹⁵, y en estos sentidos la cibernética se establece como una ciencia dedicada al control de los sistemas y de los organismos autocontrolados¹⁶. La teoría entiende la palabra control como el

-
11. COROMINAS, Juan (1967). *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Madrid: Gredos. p. 148.
 12. CORRIPO, Fernando (1984). *Diccionario etimológico general de la lengua castellana*. Barcelona: Bruguera. p. 95.
 13. ALONSO, Martín (1982). *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española*. Tomo I. Madrid: Aguilar. p. 1053.
 14. FERRATER MORA (1994). *Diccionario de filosofía*. Colección Ariel Referencia. Barcelona: Ariel. p. 543.
 15. FROSINI, Vittorio (1978). *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid : Tecnos. p. 13.
 16. WIENER, Norbert (1968). *Cibernética y sociedad*. Buenos Aires : Sudamericana. p. 22.

“envío de mensajes que efectivamente cambian el comportamiento del sistema receptor”¹⁷, de manera que, la cibernética comprende los estudios matemáticos, filosóficos, sociales y culturales de la información.

Para muchos, el término fue usado por Wiener sólo con el fin de acuñar dentro de una sola ciencia todas las perspectivas referidas a la teorización sobre dos problemas básicos: el control y el flujo de información.

Sabiendo que la información es el problema básico de la cibernética, nos preguntamos: ¿qué es la información? El significado filosófico y científico de la palabra información ha sido objeto de múltiples debates. Así pues, para algunos, la palabra información viene de la raíz latina *forma*, y como tal la información es, simplemente, un conjunto de datos transmitidos desde una *fente* emisora hasta otra *fente* receptora. De este modo, la transmisión de información no implica necesariamente la transmisión de conocimientos, de manera que incluso las máquinas son capaces de informar, pues la información únicamente es la una unión coherente de datos que, sin tener en cuenta la interpretación de estos, constituyen formalmente la información¹⁸. Para otros, con quienes nos identificamos, la información “parece admitir forzosamente la noción de conciencia y sentido”¹⁹, de modo que sólo puede haber procesos de información entre entes que tengan conciencia con la cual puedan asignarles a tales datos un sentido, en principio hombres, lo cual no puede llevarnos a descartar la posibilidad de la conciencia de las máquinas”²⁰.

17. WIENER, Norbert. *The Human Use of Human Beings*. Citado por FERRATER MORA. *Op. cit.* p. 543.

18. A favor de este punto se pronuncian FERRATER MORA, *Op. Cit.* p. 1839; CROSSON, Frederick y SAIRE, Kenneth (1982). *Filosofía y cibernética*. México: Fondo de la Cultura Económica. También: CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-414 de 1992*.

19. RUYER, Raymond. *La cibernética y el origen de la información*. Traducción de CÓRDOBA Y MAGRO, Mercedes. México: Fondo de la Cultura. p. 11. En el mismo sentido: Cfr. DRETSKE, Fred (1987). *Conocimiento e información*. Madrid: Salvat.

20. Los sorprendentes avances de la ciencia han llevado a la creación de sistemas autómatas que responden a los datos evaluando los distintos sistemas de información, tal como lo hizo recientemente el computador Deep Blue de la IBM. que siendo “programado” para jugar ajedrez realizó varias jugadas que parecían no responder a los principios lógicos que maneja un computador normal, pues engañó al campeón del mundo de ajedrez ejecutando una jugada que a los ojos de los expertos no parecía efectiva.

Así pues, para nosotros, “algo sólo se convierte en información cuando algún agente cognoscitivo le asigna una significación, es decir, lo interpreta como signo”²¹. Desde esta perspectiva, la información vista desde el sujeto, solamente puede percibirse cuando tal sujeto tiene conciencia²² y sentido. Desde un punto de vista formal y objetivo, la información es datos, debido a que la estructura de los procesos informáticos se fundamenta en aquellas partículas, lo cual permite que sea transmitida por un sujeto no consciente pero que necesariamente sea enviada y recibida por entidades que consideren que esos datos contienen una significación cognoscitiva.

La teoría de la información que fundamenta este trabajo se sustenta en que toda información está compuesta de datos y es el receptor consciente quien interpreta tales datos para que, al encuadrarlos dentro de su *sistema mental*, se conviertan en elementos con significado. Así, los datos son un elemento necesario en toda estructura de transmisión de información.

Para completar un bosquejo de una teoría de la información, hay que distinguir entre información y comunicación. El proceso de comunicación incluye al de la información, pues con ésta se da la comunicación. El mensaje de datos que envía el emisor le llega al receptor a través del canal o medio de transmisión. Éstos sólo se *transforman* en información en el momento en que el receptor capta los datos transmitidos. De esta manera pues, el proceso de comunicación contiene el proceso de información, pero se diferencia de aquél en que hay una transmisión de repuesta a la información enviada, de modo que se da una alimentación externa de los datos enviados.

21. DRETSKE, Fred (1987). Conocimiento e información. Madrid: Salvat. P. 1.

22. En este punto debemos aclarar qué entendemos por conciencia. En la historia del pensamiento occidental han existido por lo menos dos significados de la palabra conciencia: conciencia como “conocimiento del bien y del mal” o conciencia moral, y la conciencia como “percatación o reconocimiento de algo exterior o de algo interior”. A este último concepto de conciencia como percatación hacemos referencia. Con todo, no lo hacemos en todos los sentidos de la percatación, pues ella también puede entenderse como apercepción, o conciencia del *Yo* por sí mismo, como el simple *Yo*, o como el sujeto del conocimiento, en una relación conciencia/objeto o sujeto/objeto, también llamada conciencia metafísica. En este último sentido adoptamos el término *conciencia*.

Podemos concluir este aparte destacando que, dentro de la Cibernética, el elemento fundamental es la información y que, dentro de ésta, se encuentra el dato como elemento básico de los procesos de la informática, que al final de cuentas comparte su objeto de estudio con la Cibernética. La anterior observación tiene como fundamento que definir la ciencia auxiliar al Derecho y la Economía necesaria para determinar los caracteres y límites de lo que entendemos por información, es un paso previo a la formulación de un análisis de la información como bien económico y jurídico. Ahora que tenemos claro qué se entiende por información y sus matices, pasaremos a desarrollar un análisis económico y jurídico de la información.

C. La Información como bien económico y jurídico

1. Generalidades

Como ya se ha dilucidó en el literal anterior, la información tomó, en las últimas décadas del siglo XX, un alto valor dentro del contexto jurídico y social. Las implicaciones económicas y sociales de la información han generado nuevas concepciones teóricas que se contraponen a las categorías jurídicas vigentes y, a pesar de que el sistema jurídico colombiano pareciera adoptar fácilmente en su estructura, quizá sin un proceso de reflexión serio, a la información en su doble matiz, como derecho fundamental y como bien sujeto al derecho de propiedad, hay ciertas instituciones jurídicas que se hacen inconmensurables. Por ejemplo, la propiedad y apropiación de la información enfrentada con ciertas instituciones jurídicas como el *habeas data*, el derecho al buen nombre y el derecho a la honra parecen estar inmersos dentro de las categorizaciones de lo público y lo privado que fundamentan nuestro sistema y que, como tales, tuvieron mucha fuerza en la modernidad, pero que tomando en cuenta la verdadera naturaleza económica de la información y con la evolución de la teoría jurídica contemporánea, su acoplamiento ha sido cada vez más conflictivo, pues estas concepciones han venido variando debido al dinamismo social y al aceleramiento de los procesos de comunicación y socialización²³.

23. MÁRQUEZ-ESCOBAR, Pablo. *Op. cit.* pp. 13 y ss.

Por lo anterior, el análisis que haremos de la información tendrá dos perspectivas: en primer lugar, la información desde el punto de vista económico, desarrollando sus características y el modelo tradicional que fundamenta la necesidad de definir un derecho legal de propiedad sobre la información; en segunda instancia, nos centraremos en la información como derecho, segmento que tendrá en principio dos partes, una referida al primer matiz de la información, es decir, el derecho constitucional de la información en su concepto y evolución y otra, como elemento comprendido por el derecho de propiedad.

2. Análisis económica de la información como bien

Primero debemos formular una breve explicación de las diferentes caracterizaciones que la doctrina económica ha hecho respecto a la clasificación de los bienes.

Empecemos por aclarar que no vamos a centrarnos en la clasificación de los bienes según sus efectos precio, es decir, las variaciones de la demanda del bien debido a cambios en el precio, o en su efecto renta, es decir, las variaciones en la demanda del bien por cambios en la renta del consumidor. Nuestro objetivo es explorar las clasificaciones de los bienes según sus características estáticas, esto es, la *rivalidad* y la *excluibilidad* de los bienes respecto al consumo.

Entremos en materia. Un bien es *rival* si su consumo por un individuo reduce la cantidad de ese bien que pueden disponer los demás consumidores. A su vez, es *no rival* si su consumo por un individuo *no* reduce la cantidad de la que pueden disponer los demás. Por otro lado, un bien es *excluible* si es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona. Así mismo, es *no excluible* si no es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona²⁴.

Con estos elementos, la doctrina económica ha distinguido los bienes públicos de los bienes privados. Es un bien público aquel que es *no excluible* y *no rival*, es decir, su consumo por un individuo *no* reduce la cantidad de la que pueden disponer los demás y, además, *no* es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona.

24. VARIAN, Hal (1998). *Análisis económico*. Barcelona: Anthony Bosch. p. 488.

Un simple ejemplo de bien público es el *alumbrado público*, pues “la cantidad de farolas que hay en una determinada área es fija”, así “cualquier persona puede consumir la misma cantidad que otra y la cantidad que consume una de ellas no afecta a la cantidad de la que puede disponer la otra”²⁵, lo que hace al bien *no rival*. Del mismo modo, “el hecho de que alguna persona consuma este bien no excluye de su consumo a la otra”²⁶, pues el uso de la *luz* generada por cada farola no acaba o extingue el bien, de modo que puede usarse esa *luz* por cualquier otra persona. Otros ejemplos de este tipo de bienes son la policía, las carreteras, el sol, el aire, el mar, etcétera.

Los bienes privados puros, por su parte, son aquellos que son rivales y excluibles: por ejemplo, una manzana, pues su consumo por un individuo reduce la cantidad de la que pueden disponer los demás y, además, el consumo extingue el bien, de manera que se excluye de su consumo por lo menos a una persona. Aun así, existen otros bienes privados intermedios, con los cuales no estamos de acuerdo con la denominación que se les ha dado, pues creemos que deben considerarse públicos intermedios, pues pueden ser no rivales pero excluyentes, como la televisión privada o por cable, dado que su consumo no reduce el consumo de los demás, pero sólo puede consumirlo aquel que tenga acceso al pago de la renta por el decodificador²⁷. A su vez, el bien puede ser rival pero no excluyente, es decir, su consumo reduce el consumo de los demás pero puede consumirlo cualquiera, pues su uso por uno no acaba con la potencialidad de uso por otros; por ejemplo, una piscina. Ésta no se extingue por el uso de mucha gente, pero puede llegar un punto en que esté tan atiborrada de personas que nadie más pueda usarla en ese momento.

Volviendo a nuestro objeto de estudio, ¿cómo podemos clasificar la información? ¿Es ésta un bien público o un bien privado? La respuesta a estas dos preguntas es ambivalente debido a un complejo elemento de derecho constitucional; la información es, por encima de todo, un derecho fundamental y, como derecho fundamental, toda persona tiene acceso a ella y capacidad de originarla, debido a ese contenido

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

27. *The Economist*. “Markets for ideas”. April 14th 2001. p. 72.

bidimensional que resaltamos respecto a ese derecho. Así, una primera aproximación nos diría que esta característica particular hace a la información un bien *no rival* y *no excluyente*, de manera que la información es, en principio, un bien público.

Ahora bien, vamos a hacer una afirmación respecto a determinada característica de la información como cosa la cual será uno de los cimientos de gran parte de este texto. Consideramos que a pesar de que toda información es *no rival*, no toda la información es *no excluyente*, es decir, el consumo de la información *no* reduce la cantidad de la que pueden disponer los demás, pero es posible que al menos una persona no pueda tener acceso a ella. En este sentido, creemos que es posible que pueda excluirse de su consumo a un grupo de personas y, por lo mismo, es posible que legalmente no sea posible excluir de su consumo a por lo menos una persona. Así, la información es un bien peculiar, ya que puede tenerse a la información como bien público o como bien privado intermedio, según las circunstancias legales. Esto dirige nuestro análisis a resolver cuál es el mecanismo que lleva a generar la exclusión de consumidores del bien. Para esto, vamos a tratar de limitar aquellos tipos de información pública y aquellos de información privada intermedia.

La información es un bien público cuando por disposición constitucional o legal no se permite excluirla de la demanda de los consumidores. De este modo, podemos destacar como información pública la surgida de todas las actuaciones del Estado que no estén sometidas a reserva, o aquellas de los particulares que por su forma o por disposición legal se entienden como de carácter público. Así, por ejemplo, dentro de estas categorías de información pública podemos incluir a la información emanada en la etapa de juzgamiento de un proceso penal o la información emitida a través de la radio²⁸, por mencionar algunos de estos bienes.

Siguiendo con el mismo argumento, la información es un bien privado intermedio cuando existe un mecanismo de exclusión constitucional o legal que permite la asignación de demandantes exclusivos. En este sentido, la información reservada

28. La radio podría ser excluida a través del mecanismo de decodificación, pero el mercado no permite ese tipo de exclusión pues hace que la actividad no sea un buen negocio.

que conoce un funcionario público, en razón de sus funciones, es un bien privado intermedio en el que su titular es el Estado y su demanda, por los demás funcionarios a quienes no les compete conocer esa información o por los particulares, es restringida legalmente a través de la reserva. Por lo mismo, la información que se encuentra en una base de datos, generada por una persona privada a la cual se le autoriza *vender* el acceso a esos datos debido al derecho constitucional a la libre empresa²⁹, es un bien privado intermedio excluido a través del mecanismo de mercado vía precio.

Después de todo lo anotado, la información como bien puede entenderse en dos sentidos: como bien público y como bien privado intermedio. Es bien público debido a la ausencia de restricciones de acceso y exclusión; es bien privado intermedio debido a la existencia de mecanismos constitucionales, legales y de mercado que determinan si se permite o no la exclusión de consumidores de información. Aunque creemos que sobra la aclaración, debemos advertir que las nociones de lo público y lo privado establecidas en este aparte son distintas en muchos sentidos de las usadas previamente, ya que éstas denotan la manera que los economistas encontraron para diferenciar ciertos fenómenos observados en el consumo de bienes y no características de tipo jurídico o sociológico que determinan la fenomenología de esos conceptos.

Para concluir, vamos a hacer una aproximación al problema que se presenta con la información como bien privado intermedio. En sentido estricto, vamos a analizar los elementos que integran la noción de información como bien privado económico cuya exclusión es determinada por el mercado. Junto a estos, estudiaremos los diferentes elementos de tipo económico que rodean a esos bienes, los cuales nos darán un camino para introducir el análisis jurídico de la información como bien.

a. La información como bien privado intermedio

Para comenzar, consideremos unos ejemplos de información en tanto bien privado económico, cuya exclusión es determinada por los derechos de propiedad y el

29. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, artículo 333 y 334.

mercado y su relevancia está dada por las condiciones actuales de la delincuencia: libros, revistas, software, videos y discos compactos. Éstos tienen dos características: pertenecen al régimen de la propiedad intelectual, específicamente a la regulación de los derechos de autor, y por ser información lo que contienen, pueden compartirse entre personas a través de diferentes mecanismos como bibliotecas, videotiendas, e internet, mecanismos con los cuales se facilitan el intercambio (sin implicar ello transacciones de mercado). Estos mecanismos normalmente no alocan un precio al bien y transmiten el bien a precio cero, con lo cual reducen las ventas de tales bienes y, por tanto, afectan a los productores de los mismos, pero también permiten que se aumente el precio de tales productos debido a la capacidad que tienen estos mecanismos para pagar altos precios por esos bienes. Así, el elemento fundamental es la disposición de pago de esos bienes, es decir, el precio que cada consumidor está dispuesto a pagar por la compra de bienes que eventualmente pueden compartirse.

Para analizar las decisiones de los agentes, debemos suponer un modelo económico en el cual el bien de información es un libro. Lo hacemos dado que facilita el análisis, y nos permite llegar a conclusiones precisas sobre un fenómeno que todos conocemos.

Primero, existe un número determinado de consumidores, los cuales están dispuestos a leer el libro en cuestión. Cada uno tiene cierta disposición a pagar, dada su utilidad marginal. El productor de libro tiene una estructura de costos que determina cuáles son sus ganancias según la disposición para pagar de los consumidores, suponiendo que existe asimetría en la información. Con estos datos, la solución óptima para el productor es que el precio de sus productos sea igual a la disposición a pagar de los agentes. Pero, ¿qué pasaría si los consumidores forman grupos para comprar el libro y compartirlo de manera que cada uno pague sólo una fracción del precio? Esto nos lleva a una conclusión simple: cada grupo leerá un libro, de manera que el productor deberá producir un número de libros igual al número de grupos; con todo, un grupo puede estar conformado por una sola persona. Esto nos lleva a tres conclusiones importantes: (a) la existencia de grupos necesariamente permite que un mayor número de personas accedan al libro, pues (b) los consumidores en el grupo pagarán un precio más bajo por leer el libro, lo cual (c) lleva a los productores a ganar menos dinero por la venta de libros. Así, la única solución al problema de

maximización del beneficio del productor es que éstos aumenten sus precios. Claro está que suponemos que existe un monopolio sobre la edición y publicación del libro, dada por el derecho de la propiedad intelectual; de lo contrario, la conducta del productor sería bajar los precios hasta la disposición de pago promedio para así producir más para vender más libros³⁰.

El modelo planteado de un modo formal es el siguiente:

Suponemos que hay n número de consumidores del libro. La disposición para pagar del n -ésimo consumidor (y^n) es $r(y)$. El costo marginal de producción del libro es c y el costo fijo es F . Como es un único productor, su problema de maximización es:

$$\max_y = r(y)y - cy - F.$$

La solución al problema, a partir de las condiciones de primer orden de maximización, es la disposición para pagar de cada consumidor denotada por y_b .

Suponemos que los consumidores forman grupos con k miembros cada grupo, en los cuales cada miembro contribuye por igual a pagar por el libro. Así, dado que el libro será compartido por los consumidores, el libro será leído por kx consumidores. Suponemos que existe un costo de transacción entre consumidores, es decir, un sacrificio por el paso de *mano en mano*, el cual es igual a t^{31} .

La formación de los grupos se supone eficiente en el sentido que la voluntad de pago por el libro de todos los miembros de grupo que compraron el libro, excede la voluntad de pago de los miembros de los grupos de personas que no compraron el libro. Si no fuera así, algunos, los miembros del grupo con voluntad de pago menor querrán cambiar de lugar con alguno de los miembros del grupo donde se compró³².

30. El modelo descrito es desarrollado por Hal VARIAN. "Buying, sharing and renting information goods", en: <http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/sharing.pdf>. Para facilitar su comprensión a lectores no entrenados en economía, hemos desarrollado cambios que permiten una aproximación más amable al modelo.

“Dados estos nuevos supuestos, el problema de maximización del productor, dado que no puede discriminar precios, es:

$$\max_x = k[r(kx) - t]x - cx - F.$$

Si factorizamos y reorganizamos tenemos:

$$\max_x = r(kx)kx - \left(t + \frac{c}{k}\right)kx - F.$$

Como sabemos que $y = kx$, entonces remplazamos y tenemos:

$$\max_y = r(y)y - \left(t + \frac{c}{k}\right)y - F.$$

La forma de este problema es muy similar al problema de maximización inicial, la única diferencia se da en la forma del costo marginal: de ser igual a c pasó a ser igual a

$$\left(t + \frac{c}{k}\right)$$

Suponemos que la solución al problema de maximización del beneficio del productor es y_r . Teniendo esto en cuenta, es fácil ver que y_r es mayor que y_b , si y sólo si:

$$c > \left(t + \frac{c}{k}\right),$$

O, en términos del costo de transacción³³:

$$t < c \left[\frac{k-1}{k} \right]$$

31. *Ibid.* p. 4.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.* p. 5.

Esta última apreciación puede mostrarnos en términos prácticos que si existen bibliotecas, por ejemplo, $t < c \left[\frac{k-1}{k} \right]$ y se cumple, entonces: (1) se leerán más

libros; (2) los consumidores pagarán menos por la lectura de esos libros; (3) los productores de libros tendrán mayores beneficios; (4) los consumidores estarán mejor en términos de bienestar.

El monopolista quiere que el costo de cada texto sea mínimo. Así, el costo mínimo es c . El costo marginal de producir un texto buscando la maximización es,

$$\left(t + \frac{c}{k} \right)$$

el cual hace que cada lector pague $(1/k)$ del costo total del texto. Esta conclusión lleva ínsita otra, la cual le recomienda al productor del libro rentarlo si y sólo si

$$\left(t + \frac{c}{k} \right) < c.$$

Si la condición anterior se mantiene, la tecnología de producción superior para cada texto es la existencia de grupos que puedan compartir, de manera que todos los agentes se beneficien de la medida³⁴.

Estas conclusiones respecto a la situación óptima nos llevan a plantear algunas alternativas que tendrían los agentes. Los agentes pueden, en lugar de comprar el libro, fotocopiarlo, lo cual reduce ostensiblemente el gasto del consumidor. Este gasto se reduce aún más si los consumidores deciden formar grupos para compartir esa fotocopia. También pueden compartir el libro si alguno lo hurta del productor y lo comparte, o si alguno decide comprar el bien para copiarlo y venderlo a precio menor.

En resumen, existe un sinfín de comportamientos dirigidos únicamente a evitar el pago o a competir con el monopolista natural violando sus derechos de propiedad,

34. *Ibid.* p. 6.

lo cual le genera al Estado mayores gastos de funcionamiento con el fin de perseguir la actividad ilícita. Lo cual nos indica cómo, para la economía tradicional, los bienes de información presentan tal falla en el desarrollo de sus mercados, que la perfección en el desarrollo del sistema de precios es virtualmente imposible debido al incentivo de no pago que la no rivalidad y no exclusividad del bien imponen sobre el consumo del mismo.

Ahora miraremos a la información como objeto del derecho, para así ampliar el panorama de lo que entendemos por información, por bienes de información y derecho de la información.

3. La información como objeto del derecho constitucional

a. La información en la historia constitucional

En el *Informe 19c/93*, publicado por la Unesco el 16 de agosto de 1976, se le presentó a la comunidad internacional la importancia que en las últimas décadas del siglo XX iba a tener la información. Lo fundamental de tal informe es que culminó, en cierto modo, los esfuerzos sociales emprendidos para lograr el reconocimiento general de los derechos fundamentales derivados de la llamada sociedad de la información. La Unesco en el informe sintetizó con las siguientes palabras esos esfuerzos:

[M]ientras la comunicación interpersonal fue la única forma de comunicación humana, el derecho de la libertad de opinión era el único derecho de la comunicación. Más adelante, con la invención de la imprenta se añadió el derecho a la libertad de expresión. Y más tarde aún, a medida de (*sic*) que se desarrollaban los medios de comunicación, el derecho a buscar, recibir e impartir información pasó a ser la preocupación fundamental³⁵.

Teóricamente, desde el nacimiento de las teorías sobre la naturaleza y la dignidad humana, la noción de libertad de pensamiento parecía de suyo connatural y esencial

35. UNESCO (1976). Informe 19c/93. París: Unesco.

del ser humano, de manera que, por muchos esfuerzos que se hiciesen por limitar esta libertad, nunca podría tenerse éxito, a menos que se hiciera de la manera en que se sugirió en la célebre obra de ciencia ficción *Un mundo feliz*³⁶.

Según nuestro concepto, la libertad de pensamiento es innegable en los seres humanos, ya que, aun cuando las normas pretendieran negarle su carácter autónomo, la condición pensante del sujeto hace que las normas que pretenden limitan su pensamiento sean inoperantes.

El punto de partida de cualquier estudio sobre la información debe ser el pensamiento, pues como principal valor del humano materializó las convenciones que han hecho posible la información, el lenguaje. Parece claro que la expresión de pensamientos ha hecho del hombre lo que es. La expresión codificada convencional que se dio con la elemental generación de sonidos le ha permitido al ser humano comunicarse, lo mismo que la codificación y la categorización de tales señales sonoras en términos gráficos que, en cierto modo, se convirtieron en expresiones *racionales* del pensamiento humano. La expresión del ser humano se convierte en pilar fundamental del desarrollo, pues cada cultura asienta sus registros históricos a través de actitudes lingüísticas y grafológicas que permiten que todo individuo participe de la historia comunal y que, además, a través del proceso de comunicación pueda desarrollar su condición política, económica y cultural. En este sentido, autores como Vernant³⁷ consideran que el desarrollo del pensamiento en la *polis* griega se debió a tres causas, destacando como fundamental el desarrollo y expresión del *logos* y su uso en el entorno político de la ciudad³⁸. También Hegel³⁹ reconoce la importancia de la expresión, pues consideró que, para que una cultura pudiera desarrollar un pensamiento filosófico era necesario que en el contexto social se tuviera la libertad de expresión como la aptitud humana que permitiese el desarrollo del pensamiento⁴⁰.

36. HUXLEY, Aldous Leonard (1994). *Un mundo feliz*. México: Porrúa.

37. Cf. VERNANT, Jean Pierre (1992). *Los orígenes del pensamiento griego*. Colección Studio. Barcelona: Paidós.

38. *Ibid.*

39. HEGEL, W. G. F (1977). *Lecciones sobre la historia de la filosofía*. Tomo I. México : Fondo de la Cultura Económica

40. *Ibid.* pp. 52 a 56 y 90 a 96.

Jurídicamente, el desarrollo de la libertad de expresión comienza con el Código de Manu, en el cual, como ya se mencionó, se consagró por primera vez la libertad de pensamiento en uno de los 2.685 versos que se conservan de la llamada *Manu Smriti*, Ley de Manu o “Código de las diez libertades humanas esenciales y controles o virtudes necesarias para la vida buena”⁴¹. Posteriormente, aparecieron algunos escritos griegos y romanos sobre la libertad de expresión, los cuales cuentan sobre la censura a ciertas opiniones en el mundo antiguo⁴², como las mencionadas por Platón en el discurso de Pausanias de El banquete⁴³, donde se deslumbra el relativismo cultural y respecto a la pederastia en la Grecia antigua. Con el desarrollo del pergamino y las técnicas de escritura se generaron ciertas limitaciones a la libertad de expresión, pues tales tecnologías de la información atentaban contra los poderes políticos constituidos. En la Roma antigua, siguiendo la herencia griega, se respetaron en cierto modo tales libertades sólo a quienes podían tener tales libertades, es decir, a aquellos que dentro de la estratificación social romana tenían derechos constituidos y reconocidos por su calidad de ciudadanos romanos. Justamente, las libertades eran las que el hecho de ser ciudadano les concedía. Por esta razón, autores como Desantes establecen que “la libertad de expresión en el mundo antiguo no fue más que eso, libertad; Comoquiera que no encontró obstáculo que vencer, a diferencia de las otras libertades, no encontró argumentos apologeticos a su favor”⁴⁴.

Distinta opinión tiene GIL⁴⁵, para quien en el mundo antiguo tal libertad tuvo obstáculos para vencer, como la mediación en la transmisión de textos, con la cual se realizaban *expurgos* en ellos y se restringía la circulación de aquellos que según las luchas ideológicas y religiosas de los distintos períodos discrepaban, con los valores morales vigentes. Aún así, nunca hubo una positivización del concepto libertad de expresión en el mundo antiguo.

41. GONZALEZ, Cristóbal. “De la libertad de expresión a la libertad de Información”. *Revista Universidad INCCA*. Abril de 1992. Santa fe de Bogotá. p. 24.

42. Cf. GIL, Luis (1985). *La censura en el mundo antiguo*. Alianza: México.

43. PLATÓN (1992). *El Banquete*. Madrid: Aguilar.

44. *Ibid.* p. 47.

45. GÍL, Luis *Op. cit.* pp. 21, 111 y ss.

Con la expansión de la cultura latina y la imposición de las doctrinas judeocristianas, el Medioevo occidental se convirtió en un mundo de censura y estancamiento tecnológico. La secularización del pensamiento occidental llevó a que sólo pocos textos pudiesen ser copiados y sólo pocos tuvieran acceso a ellos. En esta etapa de la cultura occidental, la libertad de expresión se redujo a una *elite* mínima, y por este mismo motivo el desarrollo de las tecnologías de la información se estancó, pues no había quién las solicitase, ya que la poca demanda de éstas la satisfacían los primitivos medios de multicopiado a través del dictado sobre pergamino. En contraste, distinta fue la reacción del mundo oriental, donde el poder político dominante en el Medioevo llevó al desarrollo de la cultura china, y llegó a la invención de herramientas y máquinas de tipo industrial como el alto horno en el año 200 D. C., aún utilizado en las acerías del mundo, al igual que las embarcaciones oceánicas, las cuales les permitían emprender largos viajes marítimos⁴⁶. Aparte de estos hallazgos en la cultura china de la información, se presentaron grandes descubrimientos, ya que ellos fueron los inventores del papel y de la imprenta, actitud que los tuvo, según opinión de Jones⁴⁷, “a un ápice de la industrialización en el siglo XIV”⁴⁸, pues, como lo establece Desantes, con la imprenta el desarrollo de la libertad de expresión implicó un desarrollo de la industria y del comercio⁴⁹. Estos ejemplos son plena prueba de cómo el impulso del poder gobernante en el Estado hace que ciertos temas jurídicos y sociales se desarrollen más que otros, pues los grupos sociales con poder político exigen al grupo político gobernante la garantía de que las limitaciones existentes se mantendrán entre tanto les convenga. Por esas actitudes políticas, se dan las primeras revoluciones que culminarían con las declaraciones de derechos. Las primeras declaraciones fueron exigidas por los señores feudales al Reino Inglés, las cuales reconocieron, entre otras cosas, la libertad de nombrar sus caballeros y la de heredar su feudo. Estas llamadas *libertades privilegio*, se constituyeron en textos como la *Carta Magna* de Juan I de Inglaterra —Juan sin Tierra—, en la

46. CASTELLS, *Op. cit.* pp. 34.

47. JONES, Eric L. (1980). *Growth Recurring: Economic Change in World History*. Oxford: Clarendon Press. Citado por MOKYR, Joel (1990). *The Travel of the Riches. Technological Creativity and Economic Progress*. Oxford : Oxford University Press.

48. JONES, Eric L. *Op cit.* p. 160.

49. Cf. DESANTES, José María (1977). *Fundamentos del Derecho de la información*. Madrid: Editorial Confederación Española. p. 46.

que se estableció la primera regulación de las relaciones entre el Rey y la nobleza, se garantizaban los derechos feudales, se establecía un sistema judicial, se eliminaron la mayoría de los abusos de los derechos feudales, se protegió el comercio al garantizar las libertades de Londres y de otras ciudades, municipios y puertos de Inglaterra, se garantizó la libertad comercial para los extranjeros y se estableció un sistema de pesos y medidas⁵⁰. Estas disposiciones fueron confirmadas en *Confirmatio cartorum* de 1279.

Con el *Bill of Rights* de 1629 y el *Habeas Corpus Right* de 1679 se ampliaron y confirmaron los derechos de la clase comerciante, clase que emergería de lo profundo del escalafón social para convertirse posteriormente en la *clase* dominante. Luego de tales declaraciones se le daría vida a la más importante de todas, pues fue la que culminó el proceso de declaraciones de derechos en Inglaterra: la *Declaration of Rights* de 1689. Esta declaración estaba inmensamente influida por escritos como el *Aeropagitica* de Jhon Milton quien ya en 1674 sostenía que las ideas debían circular libremente al igual que las palabras⁵¹. Así, se incluyeron dentro de la *Declaration of Rights* libertades que dieron el inicio de la expansión de las declaraciones constitucionales de derechos y los abundantes escritos sobre teoría política de los ingleses de la Ilustración. Debido a esto, en 1789, la libertad de expresión alcanzó su punto máximo, al ser establecida en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en la Revolución Francesa. Aun así, en Estados Unidos ya se había dado el *Bill of Rights* en 1779, en el cual se declara la libertad de imprenta, de la misma manera que se hizo en la constitución del Estado de Virginia en 1776. La libertad de expresión sólo vino a incluirse en la primera enmienda en 1791⁵².

Estos dos desarrollos en cierto modo fueron, como lo expresa González, el logro más grande de la burguesía contra el poder monárquico⁵³, pues éstos siempre tomaron la censura como medio de represión del poder político de la burguesía, haciendo

50. ENCICLOPEDIA MICROSOFT® ENCARTA® 97©. *Carta Magna*. 1993-1996 Microsoft Corporation.

51. GONZÁLEZ, Cristóbal. *Op. cit.* p. 25.

52. DESANTES. *Op. cit.* p. 50.

53. GONZÁLEZ, C. *Op. cit.* p. 25.

prohibidos, incluso, aquellos *cafés* donde se reunían la juventud burguesa educada en Europa, en el siglo XVIII.

Posteriormente comenzó el auge del industrialismo y con él el desarrollo del socialismo. Actitud político-filosófica que en vista de las condiciones del pueblo, que debía *vender* su fuerza de trabajo al mejor postor para sobrevivir, encuentra en la socialización de los factores de producción y el control estatal de los entes económicos la manera como se equilibrará el ingreso social y se eliminará de tajo la acumulación de capitales tan deseada por el capitalismo. Estas tendencias, genealógicamente comunistas, pretendían justicia social y, de ese modo, una adecuada administración de los recursos económicos por medio del Estado. Estas lucubraciones teóricas iniciaron un proceso por la socialización de los derechos fundamentales, así que, desde fines del siglo XIX hasta principios del siglo XX, en las posteriores declaraciones de derechos éstos fueron los protagonistas.

Estos nuevos conceptos jurídico-sociales empaparon los sistemas normativos, de modo que el individuo dejó de ser el centro de atención, y el punto donde convergían las miradas comenzó a ser la colectividad. Justamente, los constitucionalistas empezaron a observar dentro de las declaraciones de derechos dos tipos de derechos: unos llamados individuales, y otros nombrados derechos sociales, en contraposición de los anteriores. Los conflictos estatales y la llamada gran depresión gestaron otra clase de derechos llamados derechos de tercera generación, los cuales tenían una inclinación distinta a los anteriores, pues pretendían proteger a la colectividad de los daños potenciales que la misma sociedad pudiera generar en el futuro.

Es así como en la época de la posguerra, con la decepción humana por los horrores vividos en esa época, se produjo la proclamación de derechos humanos más importante del siglo: la Declaración de los Derechos Humanos de 1948. Con ésta se dio el primer paso en el reconocimiento de la importancia de la información dentro de la actividad humana actual y por esta razón, un tiempo después, el pontífice Juan XXIII en la encíclica *Mater et Magistra* y la Unesco, en sus múltiples estudios de la década del setenta, reconocieron que la información era uno de los pilares de la sociedad moderna.

La información se conoció como el medio más eficaz en el desarrollo del mercado, de la política e incluso de la guerra, pues con el auge de la llamada “Guerra Fría”, los gobiernos centraron sus esfuerzos en desarrollar métodos rápidos, eficaces y seguros para comunicarse en caso de una confrontación bélica. Fue así como, por investigaciones lideradas por la *National Security Agency*, Central Intelligence Agency, de Estados Unidos, por la KGB rusa, y por las agencias que buscaban la expansión de los horizontes territoriales como la NASA, se desarrollaron los primeros elementos que harían posible el viaje del ser humano a la Luna y toda una serie de desarrollos en telecomunicación, como la ARPANET —ahora internet— y las potentes comunicaciones satelitales que permiten ubicar geográficamente a los miembros de cada una de estas centrales en el mundo⁵⁴.

La guerra fue madre y el capitalismo padre de la informatización, pues el desarrollo actual de las tecnologías de la informática se debe sólo a que los intereses capitalistas cortejaron a los intereses del Estado para no dejarse atrapar por los movimientos sociales ocurridos en Asia. Así pues, con todas estas influencias, la información y la expresión, como libertades y como derechos, pasaron a ser parte de la mayoría de los textos constitucionales de los Estados democráticos que dentro de tales períodos reformaron sus constituciones.

b. Las libertades y la información en los tratados internacionales referentes a derechos humanos

A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en especial de la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos, la libertad de expresión se convirtió en un derecho reconocido constitucionalmente. Sólo con los desarrollos de los derechos colectivos en la posguerra se reconoció el derecho de la información en un rango constitucional.

La consagración positiva demuestra el desarrollo que ha tenido la institución. Así, en los primeros textos, el bien jurídico para proteger era el de la tecnología de la

54. Cf. WITAKER, Carl (1999). *The End of Privacy*. New York: The New Press.

información que estaba en auge, ya que la protección se centraba sobre el ejercicio de la actividad de la expresión a través de la imprenta y no sobre la expresión como bien en sí. Lo mismo sucedió al consagrar la libertad de prensa, pues ésta, a pesar de ser parte de la libertad de expresión, fue tomada como el modo fundamental de expresión y, por esto, debía ser protegida por las leyes y las declaraciones. Es así como el texto de la Declaración de derechos de Virginia en su artículo 12 establece que “la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás”, demostrando esa profunda veneración a la imprenta, los pasquines y demás actitudes humanas que permitían la expresión de las ideas y del pensamiento.

Con el mismo perfil se consagró en la primera enmienda de la Constitución norteamericana, en la que se estableció que “el Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al gobierno la reparación de sus agravios”⁵⁵. Este texto logra un avance significativo al reconocer “la libertad de palabra” como la libertad de expresión junto a la libertad de prensa, de manera que el texto reconocía como iguales en jerarquía y como derechos distintos.

En un sentido más abierto, en el que el análisis se ve influenciado por los pensamientos de los constitucionalistas europeos de la época, se presenta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En ésta se estableció que “la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre”⁵⁶. Este texto resalta la importancia de la libertad de expresión para el ser humano y sobre todo para el individuo como ciudadano y, seguidamente, define la importancia y la aplicación del derecho diciendo que “todo ciudadano puede, por lo tanto, hablar, escribir e imprimir textos

55. Texto citado por: DESANTES, José María. *Op. cit* p. 50. Para una referencia completa sobre el alcance de la libertad de expresión en la primera enmienda recomendamos la lectura de: POST, Robert. “The constitutional concept of public discourse”. *Harvard Law Review*, No.3 Vol. 103. Aquí se analiza la sentencia de la Supreme Court of Justice de Estados Unidos respecto del Caso Hustler Magazine vs. Falwell, representado en la película «The people vs. Larry Flint».

56. LEGIS (2000). “Declaración universal de los Derechos del Hombre”. En: *Constitución política de Colombia*. Santa fe de Bogotá: Legis.

libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley”⁵⁷. Esta parte del texto muestra el campo de aplicación de la libertad de expresión, es decir, trata de ejemplificar donde se debe respetar este derecho y a través de qué tecnologías de la información, esto es, la imprenta.

De ese modo se consagraron las primeras manifestaciones internacionales sobre la libertad de expresión, y sólo casi dos siglos después se trató de consagrar la libertad de información como mecanismo protector de los derechos de la información. Por esto, como dice Desantes, “la libertad de expresión es, por su misma naturaleza, incapaz de proporcionar al hombre un instrumento jurídicamente hábil para satisfacer su necesidad de información”⁵⁸. Es así como en la época de la posguerra, llamada por algunos la época “De los derechos humanos”, se dieron los primeros textos que reconocían a la información como derecho y en ese sentido se iniciaron los adelantos en materia de derecho de la información.

Textos como el de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano generaron los desarrollos constitucionales en el mundo a este respecto. Así, la Declaración establece en su artículo 19 que “[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. La norma contiene el primer esfuerzo por mencionar a la información como *bien* para proteger, al decir que se tiene el derecho a *investigar y recibir informaciones*. En este sentido se establece por primera vez la otra vía de la información, pues si antes sólo se pensaba desde el sujeto activo, con la declaración se destaca el carácter pasivo de la información, es decir, la recepción. Esto no quiere decir que se haya agotado el derecho constitucional de la información en estos dos caracteres, pues tanto el carácter pasivo como el activo implican muchas opciones diferentes, lo que hace a los derechos de la información una aptitud humana muy rica en manifestaciones de todo tipo.

57. Ibidem.

58. DESANTES, J.M. *Op. cit.* p. 51.

Así como lo comenta Desantes, la norma mencionada no tiene obligatoriedad definida por provenir de la Organización de Naciones Unidas, ONU, pues las únicas decisiones obligatorias, en su verdadero sentido, son las emitidas por el Consejo de Seguridad de este organismo. Aún así, la fuerza obligatoria directa de estas declaraciones ha sido otorgada por los tratados y convenios internacionales para el respeto de estos derechos. Los países miembros de la ONU, se han comprometido regionalmente al cumplimiento de tal cometido a partir de 1962, cuando la organización declaró que este era el año de los derechos humanos y que según sus artículos 55 y 56, los Estados debían hacer lo posible para que dentro de sus regulaciones se implantara una cultura de respeto a los derechos humanos (artículo 55), y que tales derechos debían ser avalados mediante programas para respetar lo dicho en el artículo 55 (artículo 56). Así pues, la *fuerza vinculante directa* del Derecho Internacional Humanitario sólo se consigue con los pactos internacionales, tal como lo señala DESANTES⁵⁹.

Posteriormente, los pactos internacionales y regionales de Derechos Humanos se pusieron al orden del día, de modo que el 16 de diciembre de 1966 se promulga el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el cual es quizás el más importante de todos, ya que fue suscrito por la mayoría los países miembros de la ONU. Éste manifiesta en su artículo 19 que “[n]adie podrá ser molestado a causa de sus opiniones” y, además, que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”⁶⁰. El texto comprueba por sí mismo la evolución respecto al aprobado en el seno de la llamada *Declaración Internacional de los Derechos Humanos*, pues demuestra inicialmente una tendencia hacia la clasificación de información como parte de la libertad de expresión, actitud con la que no estamos de acuerdo teóricamente por motivos que expresaremos al hacer el análisis del texto de nuestra Constitución. De cualquier modo, es destacable el desarrollo debido a que el esfuerzo teórico

59. *Ibid.* p. 54.

60. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 14 de la Ley 74 de 1968.

pretendía abarcar todas las conductas informáticas del ser humano, las pasivas y las activas, pues al decir “buscar, recibir y difundir informaciones” se ilumina esa actitud humana activa de investigar y expresar, y la actitud pasiva ante la facultad informativa de los demás, facultad que incluye responsabilidades. Estos últimos textos internacionales demuestran que la libertad de expresión se desligó de las tecnologías de la información, ya que se creó un concepto informático independiente de los medios informáticos con la declaración de la existencia del derecho, sin importar el medio informático utilizado para la realización del derecho.

Luego de este pacto, quizá por su importancia territorial reducida, se dio, en el ámbito europeo, la *Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (La convención), nacida el 4 de noviembre de 1950, en el seno del Consejo de Europa. Cuenta con una comisión y un tribunal con competencia, llegado el caso, para proceder al examen y la resolución de conflictos relacionados con la vulneración de los derechos y libertades contenidos en la Convención.

Después, en el ámbito americano se gestó el *Pacto de San José de Costa Rica*, nombrado oficialmente como *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la cual, sin un esfuerzo por repensar tales derechos a partir de los estudios publicados en la época, adoptó el mismo texto del artículo 14 del *Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, en el artículo 13⁶¹.

c. La información en el ámbito del derecho constitucional mundial

El análisis del desarrollo histórico-jurídico de la libertad de expresión y la libertad de información nos da una de las primeras conclusiones de este capítulo. El estudio nos demostró que tales libertades y su evolución coinciden con el desarrollo y evolución de las instituciones democráticas occidentales, de manera que se convierten tales libertades, cada una en su etapa, en uno de los principios de la institución democrática. En este sentido planteamos el análisis del derecho constitucional

61. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ. Artículo 13. Ley 16 de 1972.

comparado, puesto que cada Estado, según su inclinación a la democracia liberal o social, o a otro régimen político, plantea dentro de su Constitución, de diferentes maneras, las libertades informativas.

El catedrático español Villanueva Villanueva, en su libro *Derecho comparado de la información*⁶², en el capítulo primero, efectúa un análisis del derecho constitucional comparado de las libertades de expresión e información. Para él existen seis “tipologías de sistemas constitucionales en materia de libertades informativas”⁶³. Esta clasificación se hace según la cantidad de disposiciones constitucionales que tiene cada estatuto, en cuanto a las libertades y derechos informativos se refiere. Inicia con una mención del porcentaje de países⁶⁴ que no recogen disposiciones constitucionales al respecto, sea porque no tienen Constitución o porque en ella no se dice nada respecto a las libertades. En segundo lugar aparece un sistema denominado por Villanueva como *improtectivo*, pues estos países⁶⁵ “no reconoce[n] —en su Constitución— ninguna de las libertades informativas, o delega su establecimiento y protección a una ley orgánica o reconociéndolas, sujeta su ejercicio a restricciones más allá de las taxativamente previstas en la ley”⁶⁶. En tercer lugar reconoce el sistema denominado *decimonónico*, en el cual la Constitución de estos países⁶⁷ establece genéricamente las libertades de expresión, de prensa e imprenta y donde el papel del Estado es pasivo, de modo que tiene un deber de abstención. En cuarto lugar tenemos el sistema *minimalista*, en el cual los

62. VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto (1988). *Derecho comparado de la información*. México: Universidad Iberoamericana.

63. *Ibid.* p. 35.

64. En esta categoría están Australia, Gran Bretaña, Israel, Lesotho, Omán y San Marino.

65. Dentro de este rubro se encuentran Arabia Saudita, Birmania, Brunei, Camerún, Costa de Marfil, Cuba, Irán, Iraq, Libia, Omán, Pakistán, Qatar y Yemen.

66. VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto. *Op. cit.* p. 35.

67. Los países que recogen este tipo de disposiciones son: Afganistán, Angola, Argelia, Argentina, Bahrein, Bangladesh, Bélgica, Benin, Bolivia, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Canadá, Comora, Corea del Sur, Corea del Norte, Costa Rica, Chechenia, China, Dinamarca, Yibuti, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Francia, Grecia, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Haití, Honduras, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Jordania, Krajina, Kuwait, Laos, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malay, Mali, Mauritania, Marruecos, México, Moldavia, Mónaco, Namibia, Nauru, Nepal, Níger, Países Bajos, Panamá, Polonia, Puerto Rico, República Africana Central, República Dominicana, Ruanda, Samoa Occidental, Santo Tome y Príncipe, Senegal, Singapur, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Suiza, Surinam, Tayjikistán, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Vanuatu, Venezuela, Vietnam y Zaire.

países⁶⁸ reconocen en su Constitución “además de las libertades de expresión e imprenta, la libertad de información, mediante la cual se dota al individuo de la posibilidad de que cuente con los elementos mínimos para participar de la *res publica*»⁶⁹. En quinto lugar está el sistema llamado *cuasiparadigmático*⁷⁰, en el cual se reconocen las libertades informativas, y dos de las figuras jurídicas siguientes: el derecho de réplica, el derecho de acceso a los documentos públicos, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y el derecho de autor del trabajo periodístico. Además, en estos sistemas se reconoce un papel activo y pasivo del Estado, de manera que las libertades informativas se convierten en punto fundamental para el desarrollo de la democracia. Para finalizar, registra el sistema *paradigmático*⁷¹, el cual comprende las libertades informativas y tres de las figuras informativas destacadas en el sistema anterior, además de un papel activo del Estado más profundo para el ejercicio de las libertades y para la protección del individuo en la injerencia de los entes públicos y de otras entidades sociales con la capacidad de “impedir la formación de una opinión publica libre”⁷².

De este modo, el autor concluye con un análisis estadístico de cada sistema, demostrando que el más recurrido por las constituciones es el *decimonónico*, pues el 48% de los países lo tienen. Luego le siguen el *minimalista* con un 25%, el *cuasi paradigmático* con un 9%, el *improtectivo* y el *paradigmático* empatan con un 7% y, en último lugar, los que no tienen previsiones constitucionales con un 4%.

El estudio que acabamos de mostrar es muy completo, debido a que recoge el texto referente a las libertades de la información de las constituciones de cada país, además de hacer el análisis estadístico de cada una de las libertades y de los

68. Según el autor se encuentran en este grupo Alemania, Albania, Antigua, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Barbados, Belice, Botsuana, Congo, Chad, Chipre, Dominica, Etiopía, Fyji, Filipinas, Finlandia, Kenia, Kiribati, Kirguistán, Letonia, Malta, Mauricio, Mongolia, Nigeria, Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, San Cristóbal y Nieves, San Vicente, Santa Lucía, Seychelles, Sierra Leona, Suazilandia, Sudáfrica, Tanzania, Togo, Turkmenistán, Tuvalu, Zambia y Zimbabue.

69. VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto. *Op. cit.* p. 36.

70. Dentro de sete grupo se encuentran Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chile, Ecuador, Estonia, Kazajistán, Lituania, Montenegro, Mozambique, Nicaragua, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Tailandia, Uzbekistán y Yugoslavia.

71. Pertenecen a esta categoría los países de Andorra, Brasil, Cabo Verde, Colombia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Hungría, Macedonia, Paraguay, Perú, Portugal y Suecia.

72. VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto. *Op. cit.* p. 37.

sistemas. Aún así, creemos que el estudio podría haber sido más completo teóricamente, si mostrara las tendencias regionales y las aplicaciones de las libertades de la información según el sistema de gobierno y el tipo de régimen político de cada uno de estos Estados. Además, en países como Estados Unidos, el hecho de clasificarse en el sistema *deciminónico* hace que se dude un poco de la integridad de la investigación, pues parece sólo haberse fijado en el texto constitucional y no en el sistema de precedentes judiciales que, como todos conocemos, *amplían* las normas de los sistemas anglosajones y de algunos países continentales⁷³.

Para ampliar más nuestro punto de vista acerca del desarrollo de la democracia y de los sistemas basados en los principios de la tolerancia y el pluralismo con la evolución de las libertades de la información, vamos a continuar con el análisis de los textos constitucionales de algunos países para mostrar la influencia del sistema y el régimen político en el desarrollo y respeto de las libertades informáticas. Para hacer este examen analizaremos el texto de países con cada uno de los sistemas descritos por Villanueva.

En el sistema *improtectivo*, encontramos Estados conocidos por sus inclinaciones religiosas o políticas. Es el caso de Pakistán y Cuba. Pakistán es “una República islámica con sistema de gobierno federal”, sistema que se restableció después del golpe de Estado y en el que, en 1991, se concordó que todas las leyes cumplieran las obligaciones de la *sharia* (ley islámica). La influencia del islamismo en la Constitución paquistaní se refleja en todas sus disposiciones, y en las disposiciones que estamos estudiando no hay excepción. El texto registra la importante influencia y las limitaciones que el islam a través del Corán ha producido, y dice:

“Artículo 14. (1) La dignidad del hombre y, sujeto a la ley, la privacidad de su hogar serán inviolables.

(...)

Artículo 19. Todo ciudadano tendrá el derecho a la libertad de palabra y de expresión, y habrá libertad de prensa, sujeta a restricciones

73. Un análisis detallado lo encontramos en: LÓPEZ, Diego. “El valor del precedente judicial”. *Observatorio de Justicia Constitucional* (1998). Santa fe de Bogotá: Siglo del Hombre.

razonables establecidas por la ley en el interés de la gloria del islam o de la integridad, seguridad y defensa de Pakistán o cualquiera de sus partes, en relaciones amistosas con Estados extranjeros, el orden público, la decencia o la moralidad o en relación al desacato de la Corte o la incitación a cometer delitos”⁷⁴.

En el texto, el interés para proteger no es la democracia, ni los principios democráticos mencionados, lo importante es la defensa del islam y el Estado paquistaní. Las libertades se encuentran con una talanquera del tamaño del Corán, de manera que se coarta a la prensa, que siendo el principal medio de difusión de información pierde, por decirlo así, la libertad de expresión.

Por su parte, el texto de la Constitución cubana tiene el mismo perfil que la Constitución paquistaní, pero su orientación limitativa se da de modo que lo que busca proteger el texto constitucional no es la religión o la moral, pero sí un ideal político, el socialismo. De esta manera, el reconocimiento de las libertades se da exclusivamente en razón de los fines de la sociedad socialista, y como dice el texto constitucional, en su artículo 52, “las condiciones materiales para su ejercicio están dadas por el hecho de que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada, lo que asegura su uso al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad”⁷⁵.

Dentro del sistema *decimonónico* encontramos países con un alto grado de desarrollo de las libertades informativas, como es el caso de Estados Unidos, países para los que sus textos constitucionales se quedaron cortos hace tiempo y su sistema legal ha remplazado a través de decisiones judiciales o leyes tales falencias constitucionales. Aún así, se encuentran otros en que el desarrollo tardío de sus democracias no ha hecho posible una consagración completa de las libertades informativas. En el caso de China, la Constitución establece la garantía constitucio-

74. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA ISLÁMICA DE PAKISTÁN. Adoptada el 12 de abril de 1973.

75. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA SOCIALISTA CUBANA. Adoptada en 1959 y reformada en 1992.

nal de la libertad de expresión y las libertades asociativas y en contra de la percepción general no impone ninguna limitación al ejercicio no violento de esas libertades⁷⁶. También sucede algo parecido con Estados como Uruguay en donde, a diferencia de los demás Estados suramericanos, excepto Venezuela, se da un texto constitucional que no es muy acorde con las tendencias de la época, pero que resalta el poco desarrollo que tienen en el papel las libertades informativas dentro de la también no muy desarrollada democracia. En Venezuela se dio un caso parecido, pues para la época de la adopción de la Constitución venezolana no se había acentuado profundamente el desarrollo de las libertades informativas democráticas, de modo que el texto constitucional adopta la libertad de expresión, al igual que lo hace Uruguay, pero con una técnica legislativa superior, pues desarrolla el contexto del derecho dentro de la misma disposición. Ahora su texto constitucional es de corte minimalista, debido a que establece que la comunicación es libre y plural, y toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución⁷⁷.

Dentro de los sistemas *minimalista*, *cuasiparadigmático* y *paradigmático* se encuentran una infinidad de países que por su formación, sistema de gobierno, forma de Estado y adopción constitucional favorecen a la democracia liberal y de paso a las libertades informativas que últimamente están siendo incluidas en los catálogos de derechos de las constituciones de los países con democracias sólidas y en desarrollo.

d. La información en el constitucionalismo colombiano

Para comenzar, al igual que lo hicimos en el anterior acápite, vamos a darle un breve vistazo a la evolución que en Colombia ha tenido el derecho a la información en el ámbito constitucional.

Inicialmente, en la historia constitucional colombiana se dan unos procesos de hecho que tienen lugar antes de la independencia. Estos procesos, famosos por lo que

76. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA. Adoptada el 14 de diciembre de 1982.

77. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Fuente: Global Legal Information. Disponible en internet: <http://www.loc.gov>.

pretendieron en su época, son una muestra de los primeros intentos en Colombia por la limitación de los derechos de comunicación. Inicialmente, en 1781, la “Revolución de los comuneros”, que buscó la participación del pueblo en las decisiones del Reino Español, terminó con una expresión pública del Reino respecto a las consecuencias del desacato a sus normas: la funesta condena del comunero Galán, demostrando la repugnancia que las monarquías tenían por la expresión libre de las ideas. Luego se inspira a los llamados criollos con la Expedición Botánica. Esta tuvo como consecuencia principal fomentar la publicación de un texto que demostraba las riquezas de la tierra del Reino Español en las Américas, expresando en cierto modo el descontento por la limitación que los monarcas españoles les daban a la educación y al acceso a cierta información.

Posteriormente viene, quizás el más importante de los hechos que formaron la conciencia independentista nacional, la traducción de los Derechos del Hombre hecha por Nariño. El proceso de la traducción comenzó con el funcionamiento de la imprenta en 1791, la cual, siendo legalmente establecida, llevó el nombre de “Imprenta patriótica”.

Su principal función inicialmente fue la publicación de pasquines corrientes con noticias. Pero a finales de 1793, después de haber leído un libro prestado por Cayetano Ramírez de Arrellano⁷⁸ llamado *Historia de la revolución de 1789 y el establecimiento de una constitución en Francia*, decidió traducir los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Éstos eran diecisiete y establecían los llamados derechos individuales o de *primera generación*⁷⁹. Eran en su orden: la igualdad, la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión, el debido proceso, la presunción de inocencia, la libertad de expresión y los principios del Estado como lo son la soberanía nacional, la tridivisión del poder y la representación popular, entre otros. Con esta publicación, la influencia internacional de la Revolución Francesa se

78. VALENCIA BENAVIDES, Hernán. “Antonio Nariño y el periodismo”. *Revista Investigación y Desarrollo Social*. Universidad Militar Nueva Granada. Enero - Junio. 1994. CACUA PRADA, Antonio. “‘La Bagatela’, el primer periódico político de la nueva Granada”. *Revista Investigación y Desarrollo Social*. Universidad Militar Nueva Granada. Enero - Junio. 1994. pp. 64 y 90.

79. NARANJO, Vladimiro (1995). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

acentuó, y tuvo como consecuencia, para el prócer, la persecución por el Reino Español, la cual llevó al cierre de las imprentas constituidas en la época en Santa Fe de Bogotá.

Como último hecho relevante antes de la independencia, en 1809, se redacta el llamado *Memorial de agravios* escrito por Camilo Torres, en el cual, entre otras cosas, se denuncia la limitación a la libertad de expresión que el monarca español estableció en las Américas.

Con la independencia, impulsada por movimientos como el Levantamiento del Socorro de 1810, se dan las primeras constituciones provincianas, en las cuales se establece la libertad de imprenta o de prensa como medio de expresar las opiniones. Esta libertad se consideró tan importante que la Constitución de Antioquia denominó su título XIII “Libertad de imprenta”⁸⁰. En la Gran Colombia, la Constitución de Cúcuta de 1821 establece el derecho a la libertad de expresión, por primera vez en una Constitución colombiana. Luego, en la Constitución de 1830, la del llamado *Congreso Admirable*, se incluyen la libertad de expresión y la protección a la intimidad con la inviolabilidad de la correspondencia. En la Constitución *que no nació* por los procesos separatistas de 1832, se estableció en los artículos 198 y 199 la garantía de la libertad de prensa, que en ese entonces era la tecnología de la información más importante, y a través de la cual se transmitía la mayor cantidad de ideas. En la Constitución del general Herrán, en 1843, contrariamente a lo que se pensaría de un gobierno calificado como de *derecha*, se mantuvieron la libertad de imprenta o de prensa, y los derechos que protegían la intimidad como la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia. Así pues, luego de la violencia vivida en los años finales de la década del cuarenta del siglo XIX, se da la Constitución de 1853, con la cual se amplía la libertad de expresión, aunque en opinión de muchos absurdamente⁸¹, pues se da a la expresión a través de imprenta un carácter absoluto e inviolable, y la expresión a través de medios informáticos orales se limita. Con la Constitución de 1858 se mantiene en los mismos términos

80. OVIEDO, Tarcicio y CELIS, Mario (1993). *Evolución Constitucional de los Derechos Fundamentales en Colombia*. Tesis de grado Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá.

81. *Ibíd.*

la libertad de expresión y sólo con la Constitución de 1863⁸² se introduce la libertad de expresión absoluta a todo medio de expresión, sea oral o escrito. Así mismo, se consagró que por ningún motivo habría censura.

Superado el periodo denominado del Olimpo Radical, viene la Constitución de Núñez y Caro en 1886. En ésta, por ser una Constitución conservadora, se limitó de nuevo el derecho a la libertad de expresión y de prensa. Así, la Constitución, en su artículo 42, dijo que la prensa “es libre en tiempo de paz; pero responsable con arreglo a las leyes”. Aún así, se estableció en esta Constitución el controversial artículo (k) transitorio, el cual determinó que “mientras no se expida la ley de imprenta el gobierno queda facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa”, dándose así un poder excepcional al ejecutivo de represión sobre la expresión impresa. Luego del texto constitucional de 1886 no se dieron cambios a las libertades mencionadas en las reformas de 1910, 1936, 1945, ni en el plebiscito de 1957, ni en la reforma de 1968.

4. La información en la Constitución colombiana de 1991

Después de los procesos de paz adelantados por el gobierno Betancur en el decenio del ochenta con los grupos revolucionarios y la frustrada guerra contra los carteles de la droga, que llegó a su punto más alto con la muerte de Luís Carlos Galán, el sentimiento de reforma constitucional no dio espera. El desarrollo de la séptima papeleta y el movimiento estudiantil concomitante dieron fuerza, en 1990, a la reforma de la Constitución de 1886. No valieron las demandas del proceso de reforma ante la Corte Suprema de Justicia para detener esta causa.

En mayo de 1991 se eligieron los constituyentes y en pocos meses se publicaría nuestra nueva Carta política. Sus reformas a la Constitución de 1886 fueron de todo tipo. Se introdujeron nuevas figuras políticas y jurídicas, y se incluyeron en la Carta múltiples artículos tomados de los textos de los tratados internacionales, que en materia de derechos humanos había suscrito el país. Tal es el caso de nuestro tema

82. HENAO HIDRÓN, Javier (1992). *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Santa Fe de Bogotá: Temis. p. 27

de estudio, las normas internacionales que en materia de derechos humanos suscribió Colombia en Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos aprobado en Colombia en 1968 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en 1972, fueron la fuente principal de los textos constitucionales de las normas sobre derechos fundamentales. Y tenían que serlo, pues era la mejor manera de demostrar el compromiso del país con los pactos y tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario.

El derecho a la libertad de opinión, expresión y de información fue consagrado en el artículo 20 de la Carta, cuyo tenor establece que “[s]e garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial y la de fundar medios masivos de comunicación”⁸³.

En el debate constituyente sobre la norma mencionada el constituyente Ramírez Ocampo hizo un análisis de la norma propuesta en comparación con la que se modificaba (artículo 42 de la Constitución de 1886), diciendo que el nuevo texto ampliaba la norma constitucional anterior, pues incluía el derecho a informar y ser informado y el derecho, conexo con el anterior, de fundar medios masivos de comunicación como desarrollo de la libertad de expresión y de pensamiento⁸⁴. Así pues, podemos decir que a partir del nuevo texto, inspirado en el ya mencionado artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se fundamentan en nuestra Constitución los derechos a la información, expresión y opinión.

Respecto a este derecho, los constitucionalistas colombianos no han tenido muchos reparos, puesto que para éstos el texto obedece a la correcta clasificación lógica de las libertades. Tal es el caso de Vladimiro Naranjo, para quien estas son tres libertades autónomas e independientes según lo establece en su texto *Teoría constitucional e instituciones políticas*, haciéndolas parte del grupo de las libertades intelectuales, de manera que comparten su género próximo con la libertad

83. *Gaceta constitucional*. No. 127. p. 3.

84. *Gaceta constitucional*. No. 112, p. 7. Citado por LLERAS DE LA FUENTE, Carlos; TANGARIFE TORRES, Marcel (1996). *Constitución política de Colombia. Origen, evolución y vigencia*. Santa Fe de Bogotá: Diké.

de enseñanza y con una libertad, denominada por él de telecomunicaciones, que se refiere a la libertad de fundar medios de comunicación.

También aparece dentro de este tipo de catedráticos el doctor Luis Carlos SÁCHICA, quien parece tomar en serio el tema y critica con algo de razón el texto constitucional, al decir que éste no hace referencia a quién debe responder por informar y recibir información veraz e imparcial. Claro que como el sujeto del texto constitucional es indeterminado, el emisor de la información puede ser cualquiera, para eso está la ya mencionada libertad de fundación de medios comunicativos⁸⁵.

Luego del análisis de medio párrafo que le dedica el anterior tratadista al artículo mencionado, tenemos la interpretación del Henao Hidrón, para quien tampoco es importante el tema y decide simplemente hacer una mención en un párrafo, al decir que ésta es una de las libertades consagradas dentro del capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución⁸⁶.

En la tendencia que estamos tratando también se inscribe el doctor Mendoza Palomino, quien desde un punto de vista al parecer psicológico, encuentra que las libertades de opinión, expresión e información forman parte de un conjunto de derechos individuales que propenden la búsqueda de la integridad de la personalidad. Dentro de las libertades, divide las de expresión y las de información por ser interdependientes unas de otras, pero les hace compartir su género por ser libertades junto a las libertades de enseñanza y las libertades espirituales; todas inscritas aun dentro de las normas protectoras de la personalidad del individuo⁸⁷.

También encontramos loable mencionar la clasificación que hace Madrid-Malo de los derechos fundamentales, al establecer unas libertades llamadas de la comunicación, dentro de las cuales se hallan las libertades de expresión, difusión e informa-

85. SÁCHICA, Luis Carlos (1992). *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Santa Fe de Bogotá: Temis. p. 209.

86. HENAO HIDRÓN, Javier (1992). *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Santa Fe de Bogotá: Temis. p. 185.

87. MENDOZA PALOMINO, Alvaro (1992). *Teoría y sinopsis de la Constitución de 1991*. Santa Fe de Bogotá: Doctrina y Ley. pp. 245 y ss.

ción. No se encuentra la libertad de opinión, pues el autor considera que ésta debe diferenciarse de las libertades de pensamiento y de las libertades de comunicación, puesto que, a pesar de que todas responden a la racionalidad del ser humano, la primera, la de pensamiento, no implica necesariamente un acto mental de opinión, y la de expresión surge como presupuesto para el desarrollo de las libertades de comunicación, ya que sin la opinión éstas no tienen validez. El autor también recalca que antes de la opinión está la autonomía que es, para nosotros, la vértebra que sostiene los derechos individuales. Así, el autor encuentra que primero está la autonomía como cabeza y de ella se desprenden características del individuo como el pensamiento, del cual se desliga la opinión y, a partir de ésta, las libertades comunicativas⁸⁸.

Al parecer, la teoría que presenta un mejor sustento jurídico y constitucional es la del catedrático Madrid-Malo, pues es coherente en tanto que demuestra un orden jerárquico dentro de la naturaleza humana y dentro de la característica que el autor menciona como la principal del ser humano: su racionalidad. Aún así, esta teoría adolece de un defecto, en cuanto considera, al igual que Naranjo, que la libertad de difusión o de fundar medios masivos de comunicación es una libertad independiente de la libertad de información, siendo que ella es una manera de desarrollar el derecho y la libertad de informar. Esto hubiese sido más coherente si el texto constitucional aprobado dentro de la Comisión Primera de la Constituyente, hubiere sido el primero presentado, el cual finalizaba en su primer inciso diciendo que “los derechos de informar y de opinar comprenden los de fundar medios masivos de comunicación”⁸⁹. Redactado de esta manera, la información y la opinión se entenderían como el sustento de la fundación de medios masivos de comunicación dado que si se limita el derecho a informar y ser informado, de nada sirve el derecho de fundar medios masivos de comunicación, ya que éstos en síntesis son canales de transmisión de datos, como lo establecimos en la teoría de la información que presentamos al principio de este escrito.

88. MADRID-MALO, Mario (1995). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Santa Fe de Bogotá: Tercer Mundo.

89. *Gaceta Constitucional* No. 83.

En conclusión, para pensar los derechos fundamentales derivados de la información y de la comunicación hemos de partir de la teoría de la información antes dada, definiendo que como principio rector de ésta tenemos la autonomía humana. Así pues, podemos afirmar que de la autonomía surge la libertad de pensamiento, de la cual, a su vez, surge la libertad de opinión y de ésta se tiene toda libertad de información. Esta última se desenvuelve de dos modos: uno como facultad humana para recibir información y otro como facultad humana para difundir información. Para la difusión de la información es necesario tener la libertad de expresión; para el mejor desarrollo de ésta se da la libertad de fundación de medios masivos de comunicación teniendo en cuenta que está limitada esta libertad a la veracidad e imparcialidad de la información.

5. La información como bien en el derecho privado

Dado que éste es un tema de profundas implicaciones jurídicas, vamos a realizar un estudio de los bienes desde el punto de vista civil y comercial, y a partir de éste consideraremos la información como un bien y sus consecuencias económicas.

a. Sustento constitucional y legal del derecho de propiedad

En principio, la propiedad, desde el punto de vista económico y jurídico, es una manera de imponer un poder de exclusividad de unos frente a otros respecto a las cosas. Esta consideración genealógica de tal derecho se remonta a los primeros desarrollos de las ciencias jurídicas, mas como no es parte del objeto de nuestro estudio analizar los orígenes de la propiedad nos alejaremos de este problema. Aún así, partimos de una tesis: las intenciones de generar en el derecho una figura que entregue poder de apropiación sobre la información, al igual que la propiedad de los bienes corporales, nace por el privilegio que generan los flujos de servicios derivados del dominio de tal información.

Como anotamos, la información se ha convertido en fuente de riqueza, poder político, etcétera, y por tanto, el legitimar su *señorío* implica reglamentar el acceso a ese poder. Por tanto, estos nuevos fenómenos de legitimación de la propiedad, como la propiedad de la información genética, etcétera, sólo están enfocadas a obtener réditos.

Desde lo jurídico, el sustento del derecho de propiedad en nuestro país se fundamenta según el sistema de jerarquía normativa adoptado en el artículo 58 de la Constitución. Éste, con una inspiración liberal-socialista, establece que se garantiza a toda persona el libre acceso a la propiedad y el respeto por la propiedad privada. También dispone, en el inciso segundo del mismo artículo, que la propiedad tiene una función social, es decir, su titular debe ceder ante principios constitucionales de mayor jerarquía, como el interés general, de manera que en caso de conflicto es posible ejercer la expropiación con indemnización⁹⁰. Esta faceta del derecho de propiedad viene de la reforma constitucional de 1936, la cual, con un perfil socialista, limitó los *derechos privados* y cedió ciertos privilegios a lo general.

Desde el derecho privado encontramos reglamentado el sistema de protección al fenómeno económico de la propiedad, en nuestro antiguo Código Civil, CC. Éste clasifica la propiedad o dominio, técnicamente hablando, en el artículo 669, como un “derecho real en una cosa *corporal*, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, y no siendo contra la ley o derecho ajeno”⁹¹. Esta definición es de suyo restrictiva para nuestro estudio, ya que establece como únicas cosas sujetas al derecho de propiedad las llamadas por el mismo CC en su artículo 653, *corporales*, es decir, aquellas que “tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos”. Claro está, que el CC, lleno de distinciones en su interior, establece que para las cosas llamadas incorporeales también existe en la legislación un tipo específico de propiedad, lo único es que las cosas que llama incorporeales nuestro CC parecen no incluir elementos diferentes a los derechos⁹². Autores como Velásquez establecen que sólo adquieren el sentido de *bien* aquellas cosas que pueden ser parte del patrimonio económico de una persona y que a su vez poseen ciertas características pecuniarias o económicas”⁹³. Así, un bien es considerado jurídicamente como tal debido a su posibilidad de apropiación y a su cuantificación desde el punto de vista económico.

Respecto a la apropiación, la doctrina ha sido vacilante en lo que al concepto se refiere y en especial a su aplicación en los bienes incorporeales. Algunos han dicho

90. Con el Acto Legislativo 2 de 1999, la expropiación se redujo a una institución simbólica cuya cabida es excepcional.

91. ORTEGA, Jorge (1969). (Comp.) *Código Civil*. Bogotá: Temis. La cursiva es nuestra.

92. ORTEGA, Jorge. *Op. cit.* Artículo 653.

93. VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis (1998). *Bienes*. Santa Fe de Bogotá: Temis. p. 1.

que los bienes incorporeales, haciendo alusión a la energía, merecen el calificativo de cosas en sentido general, ya que, debido a la capacidad de medida de ésta, puede ser tenida como perteneciente al patrimonio asignándose cierto valor, de manera que merece la calificación de bien. En el mismo sentido, pero con un argumento distinto, Valencia considera que este tipo de bienes deben reputarse muebles debido a la analogía aplicable a éstos según lo establecido en el artículo octavo de la Ley 157 de 1887⁹⁴. Otros, como Gatti, consideran que ninguno puede ser titular de este tipo de bienes ya que éste bien no es susceptible de apropiación, no comparte las características de todo bien protegido jurídicamente, pues no existe capacidad para reivindicar⁹⁵. En las siguientes líneas trataremos de aclarar lo anotado.

b. Análisis de la información como bien desde el punto de vista jurídico

Como anotamos, es claro que jurídicamente la información es un bien, lo complicado es determinar qué tipo de bien. Decimos que es complicado, pues nuestra legislación establece que algo por el hecho de ser bien adquiere el carácter de cosa, ya que ser cosa es el género próximo de la palabra *bien* en nuestra legislación. Sin embargo, no toda cosa es corporal, también existen cosas incorporeales⁹⁶. Así, según nuestra legislación civil, son bienes corporales los muebles o inmuebles⁹⁷, siendo muebles aquellos que por su naturaleza se pueden trasladar de un lugar a otro⁹⁸ e inmuebles aquellos que no se pueden trasladar sin afectar su naturaleza⁹⁹. Por otro lado, los incorporeales son sólo eso, incorporeales, pues consisten en meros derechos¹⁰⁰. Esta última definición afecta nuestra concepción jurídica del bien llamado información, pues es un bien fenomenológicamente incorporeal, pero jurídicamente no se ajusta a la definición de bien incorporeal hecha por la legislación. Por otro lado, considerarlo un bien mueble es imposible ya que la analogía es imperfecta¹⁰¹, pues no comparten

94. VALENCIA ZEA, Arturo (1990). *Derecho Civil*. Bogotá: Temis. p. 9.

95. GATTI, Edmundo (1984). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 207.

96. ORTEGA, Jorge. *Op. cit.* Artículo 653.

97. *Ibid.* Artículo 654.

98. *Ibid.* Artículo 655.

99. *Ibid.* artículo 656.

100. *Ibid.* Artículo 653.

101. La analogía parte del principio de la razón, es decir, donde hay la misma razón debe haber la misma consecuencia. "*Ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*".

los bienes que se llaman muebles ninguna característica común con la información respecto de la razón, salvo su calidad de bien fenoménico, puesto que los muebles son corpóreos, es decir, son entidades físicas determinables, cosa que no sucede con la información misma. Así, en conclusión, jurídicamente, la información no tiene una categoría donde pueda ubicarse intrínsecamente como bien.

Esta última conclusión parece desalentar cualquier estudio respecto a la información como bien en el Derecho, pero hay que tener en cuenta que nuestro legislador civil no conoció el concepto de informática puesto que es posterior a él. Esto limita aún más nuestro estudio, pues una extensión de los conceptos se desestimaría por medio de una interpretación histórica dado el anacronismo.

No obstante lo anotado, debemos admitir que en cierto sentido existe alguna intención del legislador para reconocer a la información como un bien jurídicamente protegido a través del derecho de propiedad. Este último punto nos dará, según creemos, sustento jurídico a la determinación de la naturaleza jurídica de la información. El razonamiento es el siguiente: tal como lo establece el Código Civil, los bienes o cosas incorpóreas son los derechos reales y los derechos personales. Dentro de los derechos reales encontramos el derecho real de dominio o propiedad, el cual es definido por el legislador como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo en contra de la ley o contra derecho ajeno”¹⁰². Ésta definición nos da el enfoque fundamental para la construcción del argumento que estamos planteando, pues la consideración del legislador de que el derecho de propiedad por ser un bien incorpóreo existe generalmente sobre cosas¹⁰³, nos permite deducir que como todo bien es una cosa, jurídicamente, la propiedad recae necesariamente sobre bienes, aunque la noción de bien no agote la de cosa. Así pues, dado que sobre los bienes se genera el reconocimiento del derecho de propiedad, la existencia de un reconocimiento de la propiedad sobre la información es necesariamente un reconocimiento de la calidad de bien que tiene la información.

102. ORTEGA, Jorge. *Op. cit.* Artículo 669.

103. VÉLEZ, Fernando (1902). *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Tomo III. París : Imprenta París-América. p. 2.

Ahora bien, sin salirnos del Código Civil vemos cómo el legislador de la época ya percibía una especie de propiedad sobre lo que hoy llamamos información, pues en el artículo 671 reconoce que toda producción del talento y del ingenio es propiedad de su autor, la cual, a todas luces, según nuestros planteamientos iniciales de teoría de la información, nos llevan a determinar esas actividades como productoras de información, de manera que la propiedad que reconoce el derecho civil de la propiedad intelectual recae sobre la información. Entonces, podemos concluir que nuestro Derecho reconoce el derecho de propiedad de la información y, causalmente, reconoce la existencia de la información como bien, aun cuando no la denomine.

Estos elementos de argumentación jurídica nos permitieron salvar la duda sobre el reconocimiento explícito de la información como bien hecha por nuestro Derecho, reconocimiento que es acorde con el parecer de la época. También nos permite salvar la analogía hecha por algunos penalistas para tomar a la información como bien mueble, pues sabemos que la información es un bien incorporeal fenomenológicamente, pero jurídicamente no denominado. Y además, nos permite entender que la propiedad del bien *información* es reconocida jurídicamente por intermedio de figuras que son reconocidas generalmente como del tipo informático.

Volviendo a la información como bien, tal como anotamos, económicamente éste es un bien necesariamente no rival y puede ser excluyente o no excluyente, dependiendo de algunas consideraciones de tipo tecnológico o jurídico. Estas características nos permiten determinar algunos elementos de tipo jurídico en relación con la propiedad, pues, según sabemos, la doctrina suele determinar como elementos del derecho de propiedad en el derecho civil la capacidad de uso, fruto y disposición¹⁰⁴. El hecho de que un bien sea no rival implica que su consumo por parte de un individuo *no* reduce la cantidad del bien que pueden disponer los demás. Por otro lado, en términos jurídicos, la única característica que se asemeja a ésta es determinada por la fungibilidad o no fungibilidad de los bienes muebles, dado que jurídicamente la extinción por el primer uso del bien reduce la cantidad del bien de que pueden disponer los demás. Esto determina que, en tanto que los bienes informáticos son no

104. VALENCIA ZEA. *Op. cit.* p. 122.

rivales, toda persona tiene potencialidad de uso e incluso de disfrute pero no el derecho. La delimitación de la capacidad de tener el derecho es determinada por la exclusividad, pues cuando la información se considera económicamente como un bien público se supone que existen disposiciones constitucionales o legales que no permiten excluir esos bienes de las canastas de demanda de todo tipo de consumidores. Por lo mismo, la información es un bien privado económico cuando existen mecanismos de exclusión constitucionales o legales de mercado que permiten la asignación de tales bienes a demandantes exclusivos.

En estos puntos opera la diferencia entre el derecho de propiedad de bienes tradicionales y los bienes privados de la información, pues el ejercicio de su dominio es diferente. Así, el propietario de información que jurídicamente es excluida, al *enajenar* su producto no se desprende de su propiedad. Su propiedad consiste, en términos específicos, en el derecho a usufructuar su información sin importar si tiene el dominio sobre ella. Esta afirmación debemos aclararla por medio de un argumento determinado para un caso específico. Como dijimos, hay cierta información que como bien tiene un carácter público. Sobre esta información el derecho reconoce la capacidad de cada persona de obtenerla y de expresarla. Así, cierto tipo de información como el nombre de toda persona, su estado civil, su número telefónico, su dirección residencial, e incluso su misma imagen¹⁰⁵ son de dominio personal, pero cualquier persona puede recolectar dicha información, y a su vez puede lucrarse con ella, ya que la creación de una base de datos que reúna la información mencionada es un bien informático diferente, el cual también es protegido por el Estado, siempre y cuando la información contenida en la base, entre otras cosas, sea una fiel copia de la realidad¹⁰⁶. Así, el único que puede disponer de la información contenida en la base es el titular de la misma considerada independiente de la base, para lo cual el derecho constitucional le concede el derecho de *habeas data*. Pero, por otro lado, el usufructo de esa información por un tercero no le da al titular derechos sobre los beneficios obtenidos con la base. Así, uno es el dueño de la información y otro es el que se lucra con ella.

105. WELLS BRANSCOMB, Anne (1994). *Who Owns Information*. New York: Basic Books, pp. 183 y ss.

106. Para ampliar sobre los fundamentos y límites constitucionales de los elementos constitutivos de ese derecho informático, recomendamos leer el aparte de este capítulo en el que planteamos el contenido constitucional de la intimidad.

D. Conclusiones y epílogo

Hemos visto en todo este capítulo un conjunto de razonamientos políticos, económicos y jurídicos, los cuales están orientados a un mismo objetivo: resaltar la importancia política, económica y jurídica que el devenir de las ideas ha dado a la información. Así, desde el punto de vista político, el acceso a la información es un derecho fundamental que sólo puede ser limitado por conveniencia para el desarrollo del Estado. Desde el punto de vista económico y jurídico la información es un bien, el cual económicamente permite ser transado a través del mercado, siendo tanto factor de producción como producto. También es jurídicamente considerado como objeto de la propiedad, pues, como bien económico es generador de flujos de servicios que generan réditos y por tanto el mejor mecanismo para refrendar el privilegio sobre tal bien es el derecho de propiedad sobre dicho bien. Estas razones, que en muchos aspectos no son coherentes¹⁰⁷, han permitido que desde el derecho se genere todo un aparato de protección a dicho bien económico. Las dinámicas del poder y el problema de la captura del regulador y el regulado adyacentes a tal aparato son el tema de investigación del futuro en la teoría económica del comportamiento.

107. Véase: MARQUEZ, ESCOBAR, Pablo. Critical Analysis of the Justification and Economic Foundations of the Intellectual Property Rights System. *Revista Derecho y Sociedad*, Universidad Católica del Perú. No. 25, 2006. También en: *Universitas Ciencias Jurídicas* (Indexed). No. 109. Bogotá. Véase también: *Intellectual Property Rights Violation: an Alternative View Applied to Software Piracy*. JAVEGRAF, Bogotá, 2004; y, UC Berkeley, Center for Law, Business, and the Economy. Berkeley, California, USA. *Incidence of Culture, Education and Institutions in Software Piracy: Cross-country Evidence*. IX Annual Congress of ALACDE, Latin American Association of Law and Economics. April 27-30, 2005.

Bibliografía

- ALONSO, Martín. Enciclopedia del Idioma. Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española.. Tomo I. Madrid : Aguilar 1982.
- BELL, Daniel. El advenimiento de la sociedad posindustrial. Madrid : Alianza, 1976.
- BREZEZINSKI, Zbigniew. La era tecnológica. Buenos Aires : Paidós, 1973.
- CACUA PRADA, Antonio. "La Bagatela" El primer periódico político de la nueva Granada. Revista Investigación y Desarrollo Social. Universidad Militar Nueva Granada. Enero - Junio. 1994.
- CÓDIGO CIVIL. Compilado por: ORTEGA, Jorge. Bogotá : Temis, 1969.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Fuente: Global Legal Information. En Internet: <http://www.loc.gov>
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA. Adoptada el 14 de diciembre de 1982.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA SOCIALISTA CUBANA. Adoptada en 1959 y reformada en 1992.
- CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA ISLÁMICA DE PAKISTÁN. Adoptada el 12 de abril de 1973.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ. Artículo 13. Ley 16 de 1972.
- COROMINAS, Juan. Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana. Madrid : Gredos, 1967.
- CORRIPO, Fernando. Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana. Barcelona : Bruguera, 1984.
- CORTE CONSTITUCIONAL : Sentencia T-414 de 1992.
- CROSSON, Frederick y SAIRE, Kenneth. Filosofía y Cibernética. México : Fondo de la Cultura Económica, 1982.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. En: Constitución Política de Colombia. Santafé de Bogotá : Legis, 2000.
- DESANTES, José María. Fundamentos del Derecho de la información. Editorial Confederación Española. Madrid. 1977.
- DRETSKE, Fred. Conocimiento e información. Madrid : Salvat, 1987.
- FERRATER MORA. Diccionario de Filosofía. Colección Ariel Referencia. Editorial Ariel. Barcelona. 1994.

- FROSINI, Vittorio. Cibernética, derecho y sociedad. Madrid: Tecnos, 1978.
- GARCIA PELAYO, Manuel. Burocracia y tecnocracia y otros escritos. Madrid : Alianza, 1974.
- GATTI, Edmundo. Teoría general de los derechos reales. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1984.
- GIL, Luis. La Censura en el mundo antiguo. Alianza : México, 1985.
- GONZALES, Cristóbal. De la libertad de expresión a la libertad de Información. Revista Universidad INCCA. Abril de 1992. Santafé de Bogotá.
- HEGEL, W. G. F. Lecciones sobre la historia de la filosofía. Tomo I. México : Fondo de la Cultura Económica, 1977.
- HENAOHIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. Santafé de Bogotá : Temis, 1992.
- HENAOHIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. Santafé de Bogotá : Temis, 1992.
- HUXLEY, Aldous Leonard. Un mundo feliz. México: Porrúa, 1994.
- JONES, Eric L. Growth Recurring: Economic Change in World History. Oxford : Clarendon Press, 1980.
- LLERAS DE LA FUENTE, Carlos; TANGARIFE TORRES, Marcel. Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia. Santafé de Bogotá : Dike, 1996.
- LÓPEZ, Diego. El valor del precedente judicial. En: OBSERVATORIO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Santafé de Bogotá : Siglo del Hombre, 1998.
- LYON, David. El ojo electrónico: el auge de la sociedad de vigilancia. Santa fe de Bogotá: Alianza, 1994.
- MADRID-MALO, Mario. Estudios Sobre Derechos Fundamentales. Santafé de Bogotá : Tercer Mundo, 1995.
- MARQUEZ-ESCOBAR, Pablo. El Delito Informático. Leyer, 2002.
- MARQUEZ-ESCOBAR, Critical Analysis of the Justification and Economic Foundations of the Intellectual Property Rights System. Revista Derecho y Sociedad, Universidad Católica del Perú. No. 25, 2006.
- MARQUEZ-ESCOBAR, Pablo. El ojo ve, el poder mira: la arquitectura para la vigilancia y el final de la privacidad. Javegraf : Bogotá, 2004.
- MARQUEZ-ESCOBAR, Pablo. UC Berkeley, Center for Law, Business, and the Economy. Berkeley, California, USA. Incidence of Culture, Education and

- Institutions in Software Piracy: Cross-country Evidence. IX Annual Congress of ALACDE, Latin American Association of Law and Economics. April 27-30. 2005.
- MENDOZA PALOMINO, Alvaro. Teoría y Sinopsis de la Constitución de 1991. Santafé de Bogotá : Doctrina y Ley, 1992.
 - MOKYR, Joel. The Travel of the Riches. Technological Creativity and Economic Progres. Oxford : Oxford University Press, 1990.
 - NARANJO, Vladimiro. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Santafé de Bogotá : Temis, 1995.
 - NEGROPONTE, Emmanuel. *Digital Being*. Buenos Aires: Atlántida, 1995.
 - NORA, Simon; MINC, Alain. La informatización de la sociedad. México : Fondo de la Cultura Económica, 1981.
 - OVIEDO, Tarcicio; CELIS, Mario. Evolución Constitucional de los Derechos Fundamentales en Colombia. Tesis de Grado Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá. 1993.
 - PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 14 de la ley 74 de 1968.
 - PLATÓN. El Banquete. Madrid. : Aguilar, 1992.
 - POST, Robert. The constitutional concept of public discourse. Harvard Law Review, No.3 Vol. 103.
 - RUYER, Raymond. La cibernética y el origen de la información. Traducción de CÓRDOBA Y MAGRO, Mercedes. México : Fondo de la Cultura. p. 11.
 - SACHICA, Luis Carlos. Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Santafé de Bogotá : Temis, 1992.
 - SCHILLER, Herbert. El poder informático. Barcelona : Gustavo Gili., 1983.
 - SHANON, Claude E. A mathematical theory of communication. En: Bell System Technical Journal. 27 (1948)
 - THE ECONOMIST. Markets for ideas. April 14th 2001.
 - UNESCO. Informe 19c/93. 16 de agosto de 1976.
 - VALENCIA BENAVIDES, Hernán. Antonio Nariño y el Periodismo. Revista Investigación y Desarrollo Social. Universidad Militar Nueva Granada. Enero - Junio. 1994.
 - VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Bogotá : Temis, 1990.
 - VARIAN, Hal. Buying, Sharing and Renting Information Goods. En: <http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/sharing.pdf>.

- VARIAN, Hal. *Análisis económico*. Barcelona : Anthony Bosch, 1998. p. 488.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis. *Bienes*. Santafé de Bogotá : Temis, 1998.
- VÉLEZ, FERNANDO. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Tomo III. París : Imprenta Paris-america, 1902.
- VERNANT, Jean Pierre. *Los orígenes del pensamiento griego*. Barcelona : Paidós. Colección Studio, 1992.
- VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho Comparado de la Información*. México : Universidad Iberoamericana, 1988.
- WELLS BRANSCOMB, ANNE. *Who owns information*. New York : Basic Books, 1994.
- WIENER, Norbert. *Cibernética y sociedad*. Buenos Aires : Sudamericana. 1968.
- WIENER, Norbert. *The human use of human beings*.
- WIERNER, N. *Cybernetics*. Cambridge. Mass. : M.I.T. Press, 1948.
- WITAKER , Carl. *The end of privacy*. New York : The New Press, 1999.

Capítulo 4.

El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y su apreciación como medio de prueba

Álvaro Andrés Motta Navas*

* Profesor Titular Derecho Constitucional General, Historia Constitucional y Derecho y Economía. Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de la Especializaciones en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho de Sociedades y Derecho a la Seguridad Social. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Profesor del Departamento de Educación Continuada. Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de las Especializaciones en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de Forum. Universidad de la Sabana. Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Proyectos de posgrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos I y Universidad Francisco de Vitoria, España. Conferencista en diversos Congresos, Diplomados y Seminarios. Master en acción política y participación ciudadana del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos I y Universidad Francisco de Vitoria (Mención de Honor), España. Master per Giuristi d'impresa. Università degli Studi di Bologna. Scuola di Specializzazione in Studi Sulla Pubblica Amministrazione (Italia) (Publicación de tesis). Posgrado en Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Universidad de los Andes (Venezuela) y de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual –OMPI– (Publicación de tesis). Posgrado en Teoría del Ordenamiento Jurídico. Universidad de la Laguna. (España). Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Abogado. (Mención de Honor y Distinción Gabriel Giraldo S.J.) Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Centro de Estudios en Derecho de las Nuevas Tecnologías. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Subcomité de Comercio Electrónico de la Cámara de Comercio de Bogotá. Asesor Legislativo de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República en el trámite del Proyecto de Ley 227/98 Cámara y 95/98 Senado.

Capítulo 4

El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y su apreciación como medio de prueba

Alfonso Rodríguez Domínguez

En el presente capítulo se abordará el tema del reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y su apreciación como medio de prueba. El tema es de gran relevancia en el ámbito del derecho electrónico, ya que los mensajes de datos son una forma de comunicación que se utiliza cada vez más en el comercio electrónico y en la administración pública. El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos implica la atribución de efectos jurídicos a los mensajes de datos, lo que permite que estos mensajes sean utilizados como medio de prueba en los procesos judiciales. La apreciación como medio de prueba implica la valoración de los mensajes de datos como prueba en los procesos judiciales, lo que permite que los mensajes de datos sean utilizados para demostrar la existencia de un hecho o la veracidad de un documento. El presente capítulo se divide en tres partes. En la primera parte se abordará el tema del reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, en la segunda parte se abordará el tema de la apreciación como medio de prueba y en la tercera parte se abordará el tema de la valoración de los mensajes de datos como prueba en los procesos judiciales.

A. Introducción

El ordenamiento jurídico constituye un factor de cohesión social. La confianza y la seguridad jurídica suponen normas claras y sencillas que le permitan a la comunidad desarrollar sus relaciones sociales según estructuras jurídicas conocidas y estables.

La confianza de los procesos de comunicación debe encontrarse soportada en reglas que le permitan a las partes —emisor y receptor— conocer en forma integral el mensaje que ha sido enviado y que ha sido recibido. Cuando las partes en las relaciones sociales no tienen esquemas normativos adecuados se aumentan los costos de transacción y se limitan las posibilidades de desarrollo. El doctor Hugo Palacios Mejía expone el anterior concepto de la siguiente manera: *“De acuerdo con la teoría económica de las instituciones, tal como ha sido expuesta por Douglass C. North, ganador del premio Nobel, puede afirmarse que las normas jurídicas tienen la función de reducir los – costos de transacción dentro de la sociedad”*¹.

Los costos de transacción se generan o aumentan en la medida que sea necesario adquirir información para tomar decisiones óptimas desde el punto de vista económico; y, obviamente, cuando no se tiene certeza sobre las partes, las condiciones y los medios de comunicaciones que son utilizados en la negociación.

La disminución de los costos de transacción facilita la realización de transacciones de índole comercial, permite fluidez en el intercambio de bienes y servicios y en este sentido incentiva el crecimiento económico de las sociedades.

La Ley 527 de 1999 entiende la anterior presentación y justifica su existencia en la necesidad de otorgar seguridad jurídica a las transacciones realizadas por vía telemática y contenidas en soportes informáticos. Su teleología es atribuir confianza a los sujetos que participan en tales relaciones.

1. PALACIOS MEJÍA, Hugo (1999). El derecho de los servicios públicos. Bogotá: Ed. Derecho Vigente S.A. 1999. p. 2.

En este orden de ideas, el artículo 3° de la ley dispone que para su interpretación deben tenerse en cuenta su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación derivada de la función que cumplen las leyes modelo y la observancia de la buena fe. Esto último en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad que es reconocido por el cuerpo legal, convirtiendo sus disposiciones en sustitutivas de la voluntad de las partes. Así, es preciso resaltar que la ley tiene un carácter supletivo y permite que los contratantes pacten otros mecanismos que les otorgue seguridad y confianza en las comunicaciones telemáticas².

El origen de esta normatividad fue la Ley Modelo aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución No 51/162 de 1996. La exposición de motivos al Proyecto de Ley 227 de 1998 *“Por medio del cual se define y reglamenta el acceso y uso del comercio electrónico, las firmas digitales y se autorizan las entidades de certificación”*³, expuso:

2. El artículo 4° de la Ley 527 de 1999 dispone: *“Modificación mediante acuerdo. Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre partes que generen, envíen, reciban, archiven o procesen de alguna forma mensajes de datos, las disposiciones del capítulo III, parte I, podrán ser modificadas mediante acuerdo”*. El capítulo III de la parte I se ocupa de las comunicaciones de los mensajes de datos.
3. El título del proyecto fue modificado por el Senado de la República en el primer debate al Proyecto de Ley 227/98 Cámara y 95/98 Senado, con el propósito de dotarlo de mayor precisión técnica y en ese sentido aclarar que el ámbito de aplicación de la norma era más extenso que el comercio electrónico, ya que se encargaba de las comunicaciones telemáticas soportadas en mensajes de datos, las cuales no necesariamente implicaban una relación de índole comercial. Por esta razón, finalmente se tituló: *“Por medio del cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico, de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación”*. Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional confirmó el ámbito de aplicación de la ley señalando que no se encontraba restringido a las relaciones comerciales. El Alto Tribunal en la *Sentencia C-831 de 2001*, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, expuso: *“En consecuencia, contrariamente a lo señalado por los intervinientes representantes de los ministerios de Justicia y de Desarrollo, ha de entenderse que la Ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en particular con las disposiciones que como el artículo 95 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia se han ocupado de esta materia: ‘Artículo 95. Tecnología al servicio de la administración de justicia. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones. Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos*

“La Ley Modelo tiene la finalidad de servir de referencia a los países en la evaluación y modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones con medios computarizados y otras técnicas modernas y en la promulgación de la legislación pertinente cuando no exista legislación de este tipo.

Ahora, nuestra legislación impone restricciones con respecto al uso de medios de comunicación modernos, en virtud a que no existe un régimen específico para el intercambio electrónico de informaciones (llamado por sus siglas en inglés EDI) y otros medios conexos de comunicación de datos, originado incertidumbre acerca de la validez jurídica de la información presentada de manera diferente al documento, tal como se le califica de nuestro régimen procedimental”.

Más allá de que se superen las restricciones mencionadas en la exposición citada, la Ley 527 de 1999 es un instrumento normativo que facilita las comunicaciones telemáticas y concibe un modelo legal para que se realicen diversas facetas de la seguridad jurídica.

El concepto al que acude la Ley 527 de 1999 es el de documento como lo define el Código de Procedimiento Civil. Son documentos *“los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”*⁴.

El mensaje de datos entendido en su concepción más simple como la información que se encuentra en soportes informáticos no es excluyente de la definición citada.

exigidos por las leyes procesales. Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley”.

4. Código de Procedimiento Civil, artículo 251. El documento *“es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”*. (Carnelutti (1955). *La prueba civil*. Buenos Aires.

La Ley 527 de 1999 se estructura con base en la noción de mensaje de datos concebido de la siguiente forma:

“Mensaje de datos: La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos EDI, internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Esta noción no es taxativa, contiene una serie de formas de representación de la información y permite su soporte y comunicación por medios electrónicos —los cuales incluyen los medios digitales— encuadrándose dentro de la definición citada⁵. Al igual que el concepto de documento, el cual parte de la representación del objeto, el mensaje de datos se fundamenta en el mismo fenómeno con una característica especial: el soporte de esa información.

Cuando la definición recurre a los “medios similares” permite que la norma no esté exclusivamente destinada a regular las prácticas de comunicación modernas, sino que pueda ser aplicable a todos los adelantos tecnológicos que se presenten en el futuro⁶. En general, la descripción legal garantiza que la norma no quede desueta por los progresos científicos y tecnológicos que en este campo tienen una dinámica excepcional.

El pilar esencial de la norma se encuentra contenido en el artículo 3° que consagra el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. Con anterioridad a la promulgación de la ley podría discutirse la validez dentro del derecho colombiano de la información contenida en soportes informáticos. En efecto, la previsión de documento como todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo puede suscitar

5. Algunos ordenamientos jurídicos tienen definiciones más precisas. Por ejemplo, el Decreto del Presidente de la República Italiana del 10 de noviembre de 1997, No. 513 que regula los criterios y modalidad para la formación, el archivo y la transmisión de documentos con instrumentos informáticos y telemáticos, expedido con base en el artículo 15 del comma 2 de la Ley del 15 de marzo de 1997 No. 59, prevé en su artículo 1°: “Definizione: 1. Ai fini del presente regolamento s'intende: a) per documento informatico, la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”.

6. Exposición de Motivos al Proyecto de Ley No. 227/98 Cámara.

intensas reflexiones cuando se aplica a los mensajes de datos. La naturaleza de los *bienes muebles* y la noción de *objeto* sugerirían, según algunas teorías, la inaplicabilidad a la información contenida en soportes digitales. Sin embargo, la ley atribuye plenos efectos jurídicos a los mensajes de datos, reconociendo esta forma de comunicación dentro del derecho colombiano con toda claridad. La norma reza:

“Artículo 5°. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

Con posterioridad a la expedición de la ley, los mensajes de datos se encuentran reconocidos plenamente dentro del ordenamiento jurídico colombiano como una institución independiente y autónoma, que para efectos probatorios le aplican las reglas y los principios del documento como medio de prueba. La norma aclara y precisa la existencia de esta forma de representación en nuestra legislación.

B. Los atributos jurídicos derivados de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica como valor fundante del ordenamiento jurídico tiene múltiples facetas y expresiones. Dentro del tema relativo a la validez jurídica de los mensajes de datos y la confiabilidad de su comunicación, la legislación pretende garantizar los siguientes atributos jurídicos: (i) la privacidad o secreto, es decir, la posibilidad de conocer el contenido del mensaje exclusivamente por los sujetos previamente autorizados; (ii) la autenticación, es decir, la certeza acerca del sujeto que suscribe el documento; (iii) la integridad, referida a la no alteración del documento en sus aspectos esenciales, admitiéndose tan sólo modificaciones inherentes al proceso de comunicación que no afecten la totalidad del mensaje y (iv) el no repudio, entendiendo que quien envía un mensaje no tiene la posibilidad de negar su envío⁷.

7. La Corte Constitucional en la *Sentencia C- 662 de 2000* con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz explica los fenómenos descritos de la siguiente forma: “*La confidencialidad connota aquellos requisitos técnicos mínimos necesarios para garantizar la privacidad de la información. La autenticidad es la certificación técnica que identifica a la persona iniciadora o receptora de un mensaje de datos. La integridad es el cumplimiento de los procedimientos técnicos necesarios que garanticen que la información enviada por el iniciador de un mensaje es la misma del que lo recibió. Y, la no repudiación es el procedimiento técnico que garantiza que el iniciador de un mensaje no puede desconocer el envío de determinada información*”.

La realización de los anteriores atributos se consigue adoptando legislativamente diversos mecanismos de seguridad, los cuales, según las premisas de la Ley 527 de 1999, se sustentan en la utilización de firmas digitales y de certificados emitidos por autoridades de certificación.

La firma digital⁸ se refiere a una particular técnica informática de validación o cifrado de los mensajes que utiliza un sistema de criptografía⁹. Sobre el particular pueden ser adoptadas diversas metodologías de seguridad que utilizan un procedimiento informático basado en claves y en el contenido del documento.

El artículo 2° de la Ley 527 de 1999 define la firma digital así:

“Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”.

La firma digital otorga a los operadores jurídicos los atributos de confidencialidad, autenticidad e integridad. La norma prevé expresamente que “el valor numérico” permite determinar que ha sido obtenido exclusivamente con la clave del iniciador, es decir, que no ha participado ningún otro sujeto y que proviene de él y, adicionalmente, que no ha sufrido alteración después de que se ha surtido el proceso de encriptación, obteniendo un mensaje íntegro.

La firma digital puede transmitirse conjuntamente con el mensaje de datos o separadamente; sin embargo, nuestra legislación expresamente indica que “se adhiere” excluyendo la posibilidad de firmas digitales separadas del mensaje.

8. La firma digital es diferente de la firma electrónica, la cual se refiere a cualquier medio electrónico de identificación. Algunos países han adoptado disciplinas específicas para la firma digital, otros han regulado genéricamente la firma electrónica.

9. El Proyecto de Ley 227/98 Cámara definía la criptografía de la siguiente manera: “Es la rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar mensajes aparentemente ininteligibles y devolverlos a su forma original”. Es una disciplina que se ocupa de la transmisión segura de datos e información, de su protección y de su secreto.

El sistema se fundamenta en algoritmos que son soportados en códigos denominados claves. Éstas permiten encriptar o desencriptar los mensajes y firmarlos digitalmente para verificar su validez.

Los sistemas de criptografía que utilizan claves son de dos tipos: (i) sistema de clave simétrico y (ii) sistema de clave asimétrico.

En el primer caso, las partes utilizan la misma clave para codificar y decodificar los mensajes que recíprocamente envían y reciben. Así, el sistema depende del secreto de la clave por las partes, los cuales deberán utilizar canales seguros para transmitirla recíprocamente y, en cada caso, no permitirá actuar con diferentes personas sino exclusivamente con aquella que ha tenido conocimiento de la clave previamente. Tal limitación no les permite a las personas contar con un sistema de seguridad para realizar negociaciones con otras personas indeterminadas, lo cual afecta su utilidad y su funcionalidad y, como es obvio, no constituye un mecanismo idóneo para incentivar los negocios.

El sistema de clave asimétrico utiliza dos tipos de claves; una clave pública conocida por todos y una clave privada conocida exclusivamente por su tenedor¹⁰. En general, se basa sobre la copia de las claves asimétricas que son utilizadas dentro del respectivo sistema de validación y verificación de los documentos informáticos.

El titular de la clave privada la mantiene en secreto y la usa para firmar digitalmente el documento informático y en este sentido codificarlo. De la misma forma la clave privada le sirve para decifrar el documento informático que ha sido cifrado con anterioridad por medio de la utilización de una clave pública vinculada a la clave privada.

Por su parte, la clave pública es la parte del sistema de validación llamada a ser conocida por toda la comunidad y publicada en una lista pública. La clave sirve para

10. El sistema es denominado asimétrico porque el conocimiento de la clave con la cual se codifica no da ninguna información respecto a la clave usada para decodificar el mensaje.

verificar la firma digital vinculada a un mensaje de datos recibido y para encriptar los documentos informáticos que van a ser enviados.

El ordenamiento jurídico, a través de la escogencia, de este particular sistema de claves asimétricas, permite la realización de transacciones privadas, secretas, íntegras y auténticas.

En la medida que la clave pública no contiene información sobre la clave privada, le imprime seguridad al sistema y garantiza su utilidad. Un ejemplo puede evidenciar las diferencias entre los sistemas simétricos y los asimétricos: en el primer caso es posible pensar en una puerta que para abrirse y cerrarse utiliza la misma llave, mientras que en el segundo sistema es necesario usar una llave para abrir y otra para cerrar la puerta. Esta combinación permite la realización de los valores jurídicos pretendidos. Pueden presentarse las siguientes situaciones:

- El iniciador del mensaje de datos cifra el documento con la clave pública del destinatario, de manera que solamente este último sujeto podrá leer el mensaje cifrado ya que para su transformación es necesaria la utilización de la clave privada que él tiene en forma exclusiva y que se encuentra vinculada a la clave pública con que anteriormente se cifró el mensaje.

En este evento se garantiza el secreto o confidencialidad del mensaje, puesto que sólo el destinatario podrá conocer su contenido porque es el titular de la clave privada. Sin embargo, falta un elemento fundamental dentro del proceso de comunicación e importante para el iniciador del mensaje y el destinatario: la autenticación, es decir, la identificación del creador del mensaje, ya que cualquier persona podrá enviar el documento utilizando la clave pública del iniciador.

- El iniciador firma digitalmente el documento con su clave privada y el destinatario lo lee utilizando la clave pública, vinculada a la clave privada del creador. En este evento se encuentra garantizado el origen del mensaje de datos porque el destinatario sólo podrá decifrarlo utilizando la clave pública, vinculada a la clave privada que tiene en forma exclusiva el iniciador.

Igualmente se protege la integridad de la información, ya que nadie diferente al iniciador podrá modificar los contenidos creados y cifrados con su respectiva clave

privada. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el método descrito en el punto anterior, este sistema por sí solo no atribuye privacidad al mensaje de datos, ya que cualquier sujeto utilizando la clave pública del iniciador puede leer y entender su contenido.

- El iniciador firma digitalmente el documento utilizando una combinación de claves del iniciador y del destinatario; esto es: la clave pública del destinatario y su propia clave privada.

El destinatario del mensaje utilizará igualmente la combinación de claves para decifrar el documento. De una parte utilizará su propia clave privada, la cual se encuentra vinculada a su clave pública que a su vez ha sido usada por el iniciador y de esta forma tendrá certeza sobre la privacidad y confidencialidad del mensaje. De otro lado, hará uso de la clave pública vinculada a la clave privada del iniciador adquiriendo seguridad sobre el origen integridad del mensaje porque la firma digital es una función de la clave privada y del contenido.

Es importante resaltar que en las transmisiones telemáticas de información firmadas digitalmente existe una diferencia importante con la firma autógrafa de los documentos sobre el papel, puesto que en el primer evento cada documento tendrá una firma digital y en el segundo no habrá una firma por cada sujeto sino por cada mensaje.

El Decreto Reglamentario 1747 de 2000 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales”* define en su artículo 1º la clave privada de la siguiente forma:

“Clave privada. Valor o valores numéricos que, utilizados conjuntamente con un procedimiento matemático conocido, sirven para generar la firma digital de un mensaje de datos”.

De igual forma, la misma norma reglamentaria concibe la clave pública así:

“Clave pública. Valor o valores numéricos que son utilizados para verificar que una firma digital fue generada con la clave privada del iniciador”.

Así las cosas, la firma digital como lo prevé la legislación permite determinar que el valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador, lo cual coincide con la definición de clave pública descrita y que el mensaje inicial es íntegro.

Como puede observarse con claridad, el sistema permite la privacidad, la integridad y la autenticación del respectivo mensaje de datos que ha sido firmado digitalmente. Sin embargo, el destinatario carece de certeza acerca de la correspondencia entre un determinado sujeto y su clave pública. Para satisfacer esta necesidad, el sistema acude a la certificación emitida por las autoridades o entidades de certificación.

El artículo 2° de la Ley 527 de 1999 define las entidades de certificación de la siguiente forma:

“Entidad de certificación. Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales”.

El Decreto Reglamentario 1747 de 2000, artículo 1°, regula dos tipos de entidades de certificación a saber: (i) Cerradas: entidad que ofrece servicios propios de las entidades de certificación sólo para el intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, sin exigir remuneración por ello. (ii) Abiertas: la que ofrece servicios propios de las entidades de certificación, tales que: (a) su uso no se limita al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor; o, (b) recibe remuneración por estos.

Así pues, la función principal de las autoridades de certificación es la emisión de certificados digitales. Estos últimos acuden a diferentes sistemas informáticos y permiten tener seguridad sobre la pertenencia de una clave pública a un determinado sujeto y sobre su período de validez.

El artículo 1° del Decreto Reglamentario 1747 de 2000 define el certificado en relación con las firmas digitales como un *“mensaje de datos firmado por una*

entidad de certificación que identifica, tanto a la entidad de certificación que lo expide, como al suscriptor y contiene la clave pública de éste". Por medio del certificado el destinatario y el público en general tienen seguridad en relación con la clave pública del suscriptor que en los términos de la misma norma *"es la persona a cuyo nombre se expide un certificado"*.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley 527 de 1999 regula el contenido de los certificados, los cuales, además de estar firmados digitalmente por la entidad de certificación, deben contener por lo menos lo siguiente: (1) nombre, dirección y domicilio del suscriptor; (2) identificación del suscriptor nombrado en el certificado; (3) el nombre, la dirección y el lugar donde realiza actividades la entidad de certificación; (4) la clave pública del usuario; (5) la metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta en el mensaje de datos; (6) el número de serie del certificado; (7) la fecha de emisión y expiración del certificado.

En síntesis, el certificado atribuye certeza al destinatario sobre los siguientes aspectos: (i) la correspondencia entre la clave pública y el sujeto titular de la misma; (ii) la identificación del titular; (iii) el término de validez de la clave; y (iv) el período de vigencia del certificado.

La exposición de motivos al Proyecto de Ley 227 de 1998 explicaba sobre el particular:

"La entidad de certificación expide actos denominados certificados, los cuales son manifestaciones hechas como resultado de la verificación que efectúa sobre la autenticidad, veracidad y legitimidad de las claves criptográficas y la integridad de un mensaje de datos".

En general, los atributos jurídicos referentes a la privacidad o secreto, la autenticación, la integridad y el no repudio, todos ellos inmersos dentro del valor fundante del derecho de la seguridad jurídica, se encuentran garantizados por medio de la utilización del sistema descrito.

Es importante anotar que las entidades de certificación cumplen otras funciones expresamente previstas en la legislación. El artículo 30 de la Ley 527 de 1999

describe en forma enunciativa las siguientes actividades a cargo de las entidades de certificación autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio: (i) emitir certificados en relación con las firmas digitales de personas naturales o jurídicas; (ii) emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos; (iii) emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales (f) y (g) del artículo 26¹¹ de la ley; (iv) ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas digitales certificadas; (v) ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico¹² en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos; (vi) ofrecer los servicios de archivo y conservación de los mensajes de datos.

Con el objeto de dotar a los mensajes de datos firmados digitalmente de la misma validez jurídica que tiene el documento firmado en el papel, la ley, adoptando la teoría del equivalente funcional, establece una presunción y consagra los atributos jurídicos de la firma digital. El artículo 28 de la norma reza:

“Artículo 28. Atributos jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquélla tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

Parágrafo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de la firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos:

- 1. Es única a la persona que la usa.*
- 2. Es susceptible de ser verificada.*

11. El artículo 26 se encuentra dentro de la parte II de la ley que se refiere al comercio electrónico en materia de transporte de mercancías. La norma establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la parte I de la presente ley, este capítulo será aplicable a cualquiera de los siguientes actos que guarde relación con un contrato de transporte de mercancías, o con su cumplimiento sin que la lista sea taxativa: (...) (f) concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías; (g) adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato”.

12. El artículo 1° del Decreto Reglamentario 1747 de 2000 define el estampado cronológico así: “Mensaje de datos firmado por una entidad de certificación que sirve para verificar que otro mensaje de datos no ha cambiado en un periodo que comienza en la fecha y hora en que se presta el servicio y termina en la fecha en que la firma del mensaje de datos generado por el prestador del servicio de estampado, pierde validez”.

3. *Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.*
4. *Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.*
5. *Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno nacional”.*

La firma sobre el papel cumple las anteriores condiciones, sólo pertenece a una persona en forma exclusiva y bajo su absoluto control, los rasgos de la escritura son individualizables y reflejan un estilo original e insustituible. De la misma forma es posible verificar si una persona ha firmado o no un documento sobre el papel. Finalmente, teniendo en cuenta la utilización de sistemas informáticos orientados a garantizar la integridad del mensaje de datos, la ley prevé que si la información o mensaje es cambiado la firma es invalidada.

En relación con el último numeral del artículo 28 de la Ley 527 de 1999, el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 1747 de 2000 en el artículo 15, reguló el uso del certificado digital. La norma reza:

“Artículo 15. Uso del certificado digital. Cuando quiera que un suscriptor firma digitalmente un mensaje de datos con su clave privada, y la respalde mediante un certificado digital, se darán por satisfechos los atributos exigidos para una firma digital en el parágrafo del artículo 28 de la Ley 527 de 1999, si:

1. *El certificado fue emitido por una entidad de certificación abierta autorizada para ello por la Superintendencia de Industria y Comercio.*
2. *Dicha firma se puede verificar con la clave pública que se encuentra en el certificado con relación a las firmas digitales, emitido por la entidad de certificación.*
3. *La firma fue emitida dentro del tiempo de validez del certificado, sin que este haya sido revocado.*
4. *El mensaje de datos se encuentra dentro de los usos aceptados en la DPC, de acuerdo con el tipo de certificado”¹³.*

13. La declaración de prácticas de certificación (DPC) es la manifestación de la entidad de certificación sobre las políticas y los procedimientos que aplica para la prestación de sus servicios. (artículo 1º,

En este orden de ideas y con el propósito de preservar la seguridad del sistema, el artículo 16 de Decreto Reglamentario regula la unicidad de la firma digital. Esto es, pues, la necesidad de reserva de la clave privada del suscriptor. La norma dispone que una firma digital deja de ser única a la persona que la usa si, estando bajo su control exclusivo, dada la condición del numeral 3º del párrafo del artículo 28 de la Ley 527 de 1999, la probabilidad de derivar la clave privada, a partir de la clave pública, no es o deja de ser remota. Igualmente prevé criterios para establecer si la probabilidad es remota, indicando que se tendrán en cuenta la utilización del máximo recurso computacional disponible al momento de calcular la probabilidad, durante un período igual al que transcurre entre el momento en que se crean el par de claves y aquel en que el documento firmado deja de ser idóneo para genera obligaciones.

C. El equivalente funcional

La Ley 527 de 1999, según el principio de la seguridad, acude al mismo criterio previsto en la Ley Modelo del equivalente funcional para regular el mensaje de datos. Con base en las particularidades de los soportes informáticos y la transmisión telemática de mensajes, se analizan e identifican las funciones que cumple el documento contenido en el papel dentro del mundo jurídico, para disponer requisitos y condiciones tendientes a que el mensaje de datos satisfaga las mismas necesidades

Decreto 1747 de 2000). El artículo 6º del Decreto Reglamentario de la Ley 527 de 2000 dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio definirá el contenido de la declaración de las prácticas de certificación, la cual debe incluir al menos lo siguiente: (1) *Identificación de la entidad de certificación.* (2) *Política de manejo de los certificados.* (3) *Obligaciones de la entidad y de los suscriptores del certificado y precauciones que deben observar los terceros.* (4) *Manejo de la información suministrada por los suscriptores.* (5) *Garantías que ofrece para el cumplimiento de las obligaciones que deriven de sus actividades.* (6) *Limites de responsabilidad por el ejercicio de su actividad.* (7) *Tarifas de expedición y revocación de certificado.* (8) *Procedimientos de seguridad para el manejo de los siguientes eventos:* (a) *cuando la seguridad de la clave privada de la entidad de certificación se ha visto comprometida;* (b) *cuando el sistema de seguridad en la entidad de certificación ha sido vulnerado.* (c) *cuando se presenten fallas en el sistema de la entidad de certificación que comprometan la prestación del servicio;* (d) *Cuando los sistemas de cifrado pierdan vigencia por no ofrecer el nivel de seguridad contratado por el suscriptor.* (9) *El plan de contingencia encaminado a garantizar la continuidad del servicio de certificación.* (10) *Modelos y minutas de los contratos que utilizarán con los usuarios.* (11) *Política de manejo de otros servicios que fuera a prestar detallando sus condiciones.* Todo lo anterior dentro del presupuesto de un sistema confiable definido en el artículo 2º del decreto mencionado: "Los sistemas utilizados para el ejercicio de las actividades de certificación se considerarán confiables si satisfacen los estándares establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio".

cumpliendo similares funciones. La exposición de motivos al Proyecto de Ley 227 de 1998 argumentaba:

“El Proyecto de Ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los equivalentes funcionales que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre el papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

Se adoptó el criterio flexible de equivalente funcional, que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos, por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”.

El artículo 5° de la ley atribuye efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria a los mensajes de datos. El capítulo II de la parte I —Parte general: Artículos 6°, 7°, 8° y 9°— regula el escrito, la firma, el original y la integridad de un mensaje de datos. En general, la legislación dispone que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, que se presente o conserve en su forma original, exija la presencia de una firma o prevea consecuencias por su ausencia, se entenderán satisfechos los requerimientos si se cumplen las siguientes condiciones: (i) en relación con el escrito, si la información que el mensaje de datos contiene es accesible para su posterior consulta; (ii) en relación con la firma, si se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y que permita indicar que el contenido cuenta con su aprobación y, que el método sea confiable y apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado; (iii) en relación con el original, si existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó

por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma y, de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se debe presentar. Para efectos del mensaje de datos original, se considera que la información es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. Finalmente se establece que el grado de confiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.

Como se acaba de describir, el legislador colombiano escogió una serie de condicionamientos para la información contenida en soportes informáticos, que permiten satisfacer las necesidades de operatividad de los mensajes de datos dentro de la comunidad para que desarrollen similares funciones a las de la información sobre papel.

En este sentido, la ley se encarga de regular igualmente la conservación de los mensajes de datos y documentos. Su artículo 12, siguiendo la fórmula usada en las disposiciones precedentes, establece que cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservadas, el requisito quedará satisfecho si se cumplen las siguientes condiciones: (i) que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta; (ii) que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; (iii) que se conserve toda la información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento. Igualmente, la norma dispone que no estará sujeta a la obligación de conservación la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos y que los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta.

De esta forma, la ley adopta el criterio del equivalente funcional en relación con el escrito, la firma, el original, la integridad del mensaje de datos y su conservación. El criterio le permite al operador jurídico aplicar dentro de las relaciones humanas reguladas por el derecho los mismos usos y utilidades que tiene la información contenida en el papel. Es un criterio flexible que en general tendrá que ser adaptado

a los diversos cambios tecnológicos, lo cual se encuentra garantizado por la textura de las normas y la generalidad de referencias que utiliza nuestro legislador. La norma no cierra las posibilidades de sistemas informáticos más avanzados a aquellos que existía en el momento de su promulgación.

D. El mensaje de datos dentro del régimen probatorio previsto en el derecho colombiano

La prueba en general es definida por Cabanellas¹⁴ de la siguiente forma:

“Prueba. Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Cabal refutación de una falsedad. Comprobación. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo. Indicio, muestra o señal (...)”.

Con posterioridad explica:

“Tratando en este artículo de modo especial de la prueba de los juicios, conviene incluir la opinión de Caravantes acerca de su etimología; para unos –dice– procede del adverbio probe, que significa honradamente por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; y según otros, de probandum, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, según expresan varias leyes del derecho romano.

Las partidas entendían por prueba la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez que conoce el litigio, y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito. También puede entenderse como

14. CABANELLAS, Guillermo (1962). *Diccionario de derecho usual*. Tomo III. Quinta edición. Madrid: Ediciones Santillana.

prueba el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa.

Según el Vocabulaire juridique, la prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas por la ley”.

La prueba se encuentra presente en todas las relaciones sociales. Su noción es más extensa que el campo del derecho, depende de cada una de las ciencias y disciplinas determinar su existencia y operancia. Según Carnelutti, la prueba adquiere sentido preciso y especial en las ciencias reconstructivas que exploran el pasado y como el derecho, decide quien tiene razón en el presente¹⁵.

La prueba judicial es una especie de la prueba por medio de la cual se lleva al convencimiento sobre la verdad a un sujeto especial: el juez. El profesor Hernando Devis Echandía define la prueba judicial de la siguiente forma:

“Entendemos por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”¹⁶.

Así las razones o los motivos que llevan al juez a la verdad sobre ciertos hechos forman parte de la noción de prueba judicial y los medios de prueba son los elementos utilizados por las partes o por el juez para suministrar esas razones y motivos. El artículo 175 del Código de Procedimiento Civil establece: “*Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.*

15. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1984) *Compendio de derecho procesal*. Bogotá: Tomo II, Editorial AB C.

16. *Ibid.* p. 2

El juez practicará las pruebas no previstas en este Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”.

Los sistemas jurídicos normalmente recurren a dos grandes formas y métodos para valorar los medios de prueba. Algunos adoptan el sistema de tarifa legal según el cual cada medio de prueba tiene la asignación de un valor determinado en la ley que debe ser respetado por el juez. Otros sistemas acogen el principio de la libre apreciación de las pruebas que acude a los principios de la lógica para realizar un análisis crítico de cada medio probatorio y asignarle el respectivo valor. El doctor Devis Echandía los expone de la siguiente manera:

“Las legislaciones y, en ausencia de éstas, las costumbres judiciales, han regulado esta materia, en una u otra forma, desde tiempos antiquísimos; y lo han hecho, ora sujetando al juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba (que es el sistema conocido como tarifa legal); ora otorgándole, por el contrario, facultades para que haga una libre valoración personal y concreta del material probatorio. Es lógico presumir que la tarifa legal corresponde a civilizaciones organizadas jurídicamente, y que representó un avance en un momento histórico, porque implica una regulación normativa más o menos minuciosa, que no se concibe en sociedades primitivas; pero la civilización occidental ha superado su necesidad desde hace dos siglos y sólo por nefasta tradición se conservó en el proceso civil hasta hace pocos años.

Los autores suelen hablar del sistema de las pruebas legales en oposición al de la libre apreciación, denominado también de la apreciación razonada. Pero por pruebas legales se entiende lógicamente el señalamiento por la ley de los medios admisibles en los procesos, sea en forma taxativa o permitiendo la inclusión de otros, a juicio del juez, en oposición a la prueba libre, que implicaría el dejar a las partes en libertad absoluta para escoger los medios con que pretenden obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso. Por esta razón creemos que resulta inapropiado e inconveniente denominar pruebas legales al sistema de la regulación legal del valor de convicción de los medios de prueba y que es mejor hablar de sistema de tarifa

legal de las pruebas, como también suele denominársele y creemos que es lo mejor, porque así se especifica claramente su significado, o de sistema de prueba tasada, como otros prefieren designarlo"¹⁷.

Algunos autores distinguen el sistema de la sana crítica y la apreciación razonada o libre convicción íntima, el cual carece de motivación o argumentación. Sin embargo, acertadamente, el maestro Devis Echandía indica que *"la libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la lógica, de la sicología y las llamadas máximas generales de la experiencia; es decir, siempre debe existir sana crítica, pero puede haber o no obligación de motivar la conclusión que se adopte"*¹⁸.

El artículo 187 del Código de Procedimiento Civil regula la apreciación de las pruebas adoptando como regla general el sistema de la sana crítica, esto es, la libre apreciación crítica, razonada, con base en las máximas de la experiencia, la lógica, la sicología y contando con la respectiva motivación del fallo, donde se explique el argumento que convence al juez, respetando en todo caso el derecho constitucional al debido proceso y el derecho de defensa. La norma prevé:

"Artículo 187. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba".

Las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos se refieren a los instrumentos públicos *ad substantiam actus*, los cuales según el artículo 265 del C.de P.C. no pueden suplirse con otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público.

17. *Ibid.* p. 34.

18. *Ibid.* p. 36.

En este orden de ideas y respetando las reglas generales previstas en el Código de Procedimiento Civil, el artículo 10° de la Ley 527 de 1999 consagra la admisibilidad probatoria de los mensajes de datos y dispone que su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del capítulo VIII del título XIII, sección tercera, libro segundo del Código de Procedimiento Civil, o sea, la misma que tiene el documento como medio de prueba.

A continuación, la ley que regula los mensajes de datos en su artículo 11 confirma la aplicación de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para su valoración probatoria y, con base en las particularidades de los procesos informáticos, indica criterios adicionales o complementarios, a saber: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Los criterios adicionales se soportan básicamente en la confianza de los procesos técnicos de comunicación, conservación e identificación, los cuales serán apreciados bajo las premisas y máximas de la sana crítica por parte del juez, respetando en todo caso el razonamiento lógico.

La Ley le otorga al mensaje de datos la calidad de medio de prueba y lo equipara al documento, procurando coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario y colocando en igualdad de condiciones a los dos medios en un litigio o discusión jurídica específica, agregando algunos valores como: la confiabilidad, integridad de la información y la identificación del iniciador.

Como se explicó, el mensaje de datos tiene plena validez jurídica y fuerza obligatoria según el artículo 5° de la Ley 527 de 1999, independientemente de que se encuentre firmado digitalmente o debidamente certificado por una entidad de certificación. Es importante aclarar para el correcto entendimiento del modelo, que el legislador colombiano no condicionó el reconocimiento jurídico de la información contenida en soportes informáticos y que forma parte de la noción general de mensaje de datos, al cifrado o encriptación de la información que se realiza por medio de la combinación de claves que constituyen la firma digital. Sin esta última, el mensaje de datos se encuentra dentro de las previsiones legales del documento como medio de prueba y podrá ser aportado en un proceso específico.

De la misma manera, los requisitos referentes al escrito, la firma, el original, la integridad y la conservación de los mensajes de datos previstos en la ley no se encuentran sometidos a la firma digital y a la atestación realizada por las autoridades de certificación a través del certificado.

Cualquier sistema informático podrá hacer que la información sea accesible para su posterior consulta en el caso del escrito; que se identifique al iniciador y se apruebe el contenido por medio de un mensaje confiable y apropiado en el evento de la firma; que exista una garantía confiable sobre la conservación de la información desde que se creó por primera vez y que sea susceptible de ser presentada en el supuesto previsto sobre el original; que la información haya permanecido completa e inalterada para que sea íntegra; y que se reúnan los requerimientos de conservación consagrados en la ley.

A pesar de lo anterior, el legislador acoge un modelo internacional y uniforme que permite aumentar el grado de certeza que tiene el administrador de justicia sobre el mensaje de datos: la firma digital. Sin lugar a dudas, la aplicación de los principios y reglas de la sana crítica cuando se aprecie el valor probatorio de un mensaje de datos firmado digitalmente tendrán mejor realización y será más persuasivo frente al juez. El mensaje de datos tiene fuerza probatoria y puede convencer al juez; sin embargo, para decirlo en términos sencillos, el mensaje firmado digitalmente convence más y otorga mejores elementos para llegar a la verdad.

La combinación de las claves pública y privada le permitirá al juez verificar la privacidad, autenticidad e integridad del mensaje de datos. La privacidad o secreto porque sólo el destinatario puede leer el mensaje utilizando la clave privada vinculada a la clave pública que el iniciador ha usado para encriptarlo. La autenticidad e integridad porque el destinatario abrirá el mensaje utilizando la clave pública correspondiente a la clave privada que el iniciador ha utilizado para encriptar el mensaje, de manera que se adquiere certeza sobre el origen del mensaje y su integridad, ya que las claves no permiten la modificación del mensaje ni su alteración.

Finalmente, el medio probatorio, mensaje de datos, dotará de mayor certeza y seguridad al juez si el mensaje firmado digitalmente se encuentra debidamente certificado. En este caso, además de lo descrito, el administrador de justicia también

tendrá certeza y seguridad sobre la identidad del suscriptor y su respectiva clave pública.

Así las cosas, la valoración y apreciación del mensaje de datos como medio de prueba será profunda, aplicando las reglas de la sana crítica, analizando su confiabilidad y permitiendo que el juez, a través de la persuasión derivada del mérito de cada mensaje de datos, aprecie y valore en su debida forma el instrumento probatorio.

Puede afirmarse que, dentro del sistema expuesto, el mérito probatorio de mayor a menor grado en relación con la confiabilidad de los mensajes de datos es el siguiente: (1) mensaje de datos firmado digitalmente y debidamente certificado por una entidad de certificación autorizada; (2) mensaje de datos firmado digitalmente; (3) mensaje de datos.

La actividad de certificación no reemplaza la fe pública otorgada por los notarios¹⁹. Sin embargo, no obstante la disposición del artículo 29 de la Ley 527 de 1999 que

19. Las entidades de certificación participan de un importante componente de la función fedante porque involucra la protección de la confianza que la sociedad tiene en los medios telemáticos. La Corte Constitucional, en *Sentencia C - 662 de 2000*, analiza el cargo de inconstitucionalidad consistente en la trasgresión del artículo 131 superior, ya que las entidades de certificación realizan "*actos que son propios de la función fedal, la que, según el entendimiento que da a la norma constitucional antes citada, es del resorte exclusivo de los notarios, únicos depositarios de la fe pública*". El tribunal considera que el estudio de la naturaleza de las actividades que realizan estas entidades no es necesario para resolver el cargo expuesto, pero, en todo caso, precisa que la Constitución política no atribuye en forma exclusiva y excluyente la función fedante a los notarios, permitiendo que el legislador, en virtud de la libertad de configuración legislativa, confiera tal función a otros sujetos, como las entidades de certificación. La Corte sostuvo: "*No considera la Corte que para el esclarecimiento de los cargos lo relevante sea definir la naturaleza de la actividad que realizan las entidades de certificación, pues aunque su carácter eminentemente técnico no se discute, comoquiera que se desprende inequívocamente del componente tecnológico que es característico de los datos electrónicos, es lo cierto que participa de un importante componente de la tradicional función fedante, pues al igual que ella, involucra la protección a la confianza que la comunidad deposita en el empleo de los medios electrónicos de comunicación así como en su valor probatorio, que es lo realmente relevante para el derecho, pues, ciertamente es el marco jurídico el que crea el elemento de confianza (...). En efecto, ya quedó expuesto, el servicio de certificación a cargo de las entidades certificadoras propende por proporcionar seguridad jurídica a las transacciones comerciales por vía informática, actuando la entidad de certificación como tercero de absoluta confianza, para lo cual la ley le atribuye importantes prerrogativas de certificación técnica, entendiendo por tal, la que versa, no sobre el contenido mismo del mensaje de datos, sino sobre las características técnicas en las que este fue emitido y sobre la comprobación de la identidad, tanto de la persona que lo ha generado, como*

establece como entidades de certificación a las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y a las cámaras de comercio, el artículo 1° de la Ley 588 de 2000 dispone que “*el notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial. Parágrafo 1° Las notarías y consulados podrán ser autorizados por la Superintendencia de Industria y Comercio como entidades de certificación, de conformidad con la Ley 527 de 1999*”²⁰.

Teniendo en cuenta que la confianza y la seguridad jurídica son los propósitos del sistema adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano, el legislador decidió someter las entidades de certificación a la autorización previa y al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio. Así, además de las funciones legalmente establecidas en cabeza de esta entidad, según el artículo 41 de la Ley 527 de 1999, debe autorizar el funcionamiento de las

la de quien lo ha recibido. Es, pues claro que la certificación técnica busca dar certeza a las partes que utilizan medios tecnológicos para el intercambio de información, en cuanto a la identidad y origen de los mensajes intercambiados. No busca dar mayor jerarquía ni validez a los mensajes de datos de los que pretende un documento tradicional. A diferencia de los documentos en papel, los mensajes de datos deben ser certificados técnicamente para que satisfagan los equivalentes funcionales de un documento tradicional o en papel, y es allí en donde las entidades de certificación dejan un papel importante... En abundante jurisprudencia, esta Corte ya ha tenido oportunidad de precisar que el legislador goza de una amplia libertad para regular el servicio notarial, lo cual es de por sí un argumento suficiente para desechar los cargos de la demandante quien, en sentir de esta Corte, ciertamente confunde la competencia que el legislador tiene para reglamentar el servicio público que prestan los notarios y registradores, al tenor de lo preceptuado por el artículo 131 constitucional, con la asignación a éstos de la función fedante como una atribución constitucional privativa y excluyente, por lo cual encuentra que asiste razón tanto al Ministerio Público como a los intervinientes, al señalar que este cargo parte de un supuesto equivocado. De otra parte, resulta también pertinente señalar que conforme a lo preceptuado por los artículos 2°, 210 y 365 de la Carta política, el legislador está constitucionalmente habilitado para conferir transitoriamente el ejercicio de funciones públicas a los particulares, lo cual permite concluir que, también por este aspecto, la ley acusada, en cuanto faculta a las personas jurídicas privadas a prestar el servicio de certificación, tiene pleno sustento constitucional. Así las cosas, aun cuando las funciones de las entidades certificadoras de que trata la Ley 527 de 1999 se asociaran con la fe pública, no por ello serían inconstitucionales, pues, como ya se dijo, el legislador bien puede atribuirselas a dichas entidades en su condición de entes privados, sin que ello comporte violación del artículo 131 de la Carta”.

20. El artículo 1°, parágrafo 2° de la Ley 588 de 2000 establece: “Las notarías y consulados podrán transmitir como mensajes de datos, por los medios electrónicos, ópticos y similares a los que se refiere el literal (a) del artículo 2° de la Ley 527 de 1999, a otros notarios o cónsules, copias, certificados, constancias de los documentos que tengan en sus archivos, así como de los documentos privados que los particulares quieran transmitir con destino a otros notarios y cónsules o personas naturales o jurídicas. Dichos documentos serán auténticos cuando reúnan los requisitos técnicos de seguridad que para transmisión de mensajes de datos que establece la Ley 527 de 1999”.

entidades de certificación, vigilar el funcionamiento y la eficiente prestación del servicio, realizar visitas de auditoría a las entidades de certificación, revocar o suspender la autorización, imponer sanciones —artículo 42— ordenar la revocación de certificados, designar los repositorios²¹, emitir certificados en relación con las entidades de certificación e impartir instrucciones, entre otras.

E. Conclusiones

La legislación colombiana reconoce plena y absoluta validez jurídica a los mensajes de datos, independientemente que se encuentren firmados digitalmente o debidamente certificados. Para lo anterior, prevé requisitos que permiten derivar de los mensajes de datos las mismas funciones y propósitos que tienen los documentos sobre el papel dentro de la comunidad. Así, crea condicionamientos para el escrito, la firma, el original, la integridad y la conservación de los mensajes de datos.

La Ley 527 de 1999 acogió el sistema de la sana crítica o libre apreciación de las pruebas para la valoración del mensaje de datos. Igualmente, previó la implementación de un sistema de seguridad basando en claves asimétricas que a través de su combinación permite la verificación de la confidencialidad, autenticidad, integridad y el no repudio de los mensajes de datos.

Cuando un mensaje se encuentra firmado digitalmente y certificado por una entidad de certificación contiene mejores elementos para que el juez llegue al convencimiento sobre los hechos o los actos probados mediante el mensaje de datos dentro de las reglas y principios de la sana crítica. Sin embargo, se reitera que el mensaje de datos no obstante carecer de certificación y firma digital se encuentra dotado de reconocimiento jurídico, lo que ocurre es que los atributos de la confidencialidad, autenticidad, integridad y no repudio tendrán que ser probados por otros medios diferentes, si ello es posible. Con la firma digital y los certificados, tales desarrollos de la seguridad jurídica y la confianza serán valorados debidamente por el juez.

21. Según el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1747 de 2000 el repositorio es un "sistema de información utilizado para almacenar y recuperar certificados y otra información relacionada con los mismos".

La Ley 527 de 1999 constituye un importante avance en la adecuación legislativa de nuestro ordenamiento jurídico con la normatividad internacional, colocando a nuestro país dentro de los estándares mundiales y facilitando las comunicaciones telemáticas a través de un sistema seguro y confiable, basado en la actividad de las entidades de certificación que actúan dentro de este contexto como terceros que otorgan confianza a la comunidad.

Bibliografía

Doctrina

- CABANELLAS, Guillermo (1962). *Diccionario de derecho usual*. Tomo III. Quinta Edición. Madrid: Ediciones Santillana.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1984). *Compendio de derecho procesal*. Tomo II. Bogotá: Editorial ABC.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo (1999). *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá: Ed. Derecho Vigente.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. *Sentencia C – 662 de 2000*. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-831 de 2001*. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

Normas

- *Constitución Política de Colombia*.
- *Código de Procedimiento Civil*.
- *Decreto Reglamentario 1747 de 2000*.
- *Decreto del Presidente de la República Italiana del 10 de noviembre de 1997, No. 513*.
- *Exposición de Motivos al Proyecto de Ley No. 227/98 Cámara*.
- *Ley 527 de 1999*.
- *Ley 588 de 2000*.

Capítulo 5.

Mecanismos de protección contractual en las ventas a distancia

Jorge de los Ríos Quiñones*

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Master en Derecho de Nuevas Tecnologías de la Información de Université Robert Schuman – CEIPI, Estrasburgo, Francia. Master en Derecho Civil de Université Panteón-Assas, Paris Francia. Ha sido profesor de pregrado de la Pontificia Universidad Javeriana en la cátedra Derecho & Mercados. Trabajó como abogado asistente en la firma de abogados Gómez Pinzón & Asociados, también trabajó como abogado asociado en el Departamento de Litigios de la firma Cavelier Abogados. Realizó investigaciones sobre asuntos legales relacionados con la propiedad intelectual, la publicidad en televisión y en Internet en la División de Medios de Comunicación el Consejo de Europa en Estrasburgo, Francia. Trabajó como abogado extranjero de la firma de abogados Caubet Chouchana Meyer en Paris, Francia. Realizó una pasantía ante la Secretaría General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Trabajó como abogado asociado de la firma de abogados Esguerra Gamba Barrera Arriaga Miranda Piquero González & Jaramillo. Ha sido consultor externo en materia de regulación de empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones. Miembro del Comité de Derecho de la Competencia de la Cámara de Comercio Colombo-americana y del Centro de Estudios en Derecho y Tecnología de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como Gerente Legal de Philip Morris – Coltabaco. Puede ser contactado en la siguiente dirección: jorge.delosrios@pmintl.com

A. Introducción

"(...) el consumidor tiene escasas posibilidades de defender sus legítimos intereses. De entrada es normal que no esté en condiciones de juzgar por sí mismo, sobre la bondad de los productos o servicios que se le ofrecen. Tampoco tiene la posibilidad de influir en el mercado, ni en cuanto a precios ni en cuanto a calidades. Además, el consumidor se ve sometido a una extraordinaria presión por medio de la publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica. Es tal la desproporción entre los medios de que dispone el consumidor medio y los que poseen las empresas cuyos productos o servicios adquiere, que apenas tiene opción en la práctica de hacer respetar sus derechos"¹.

En toda relación de consumo existe un gran desequilibrio. El consumidor, individualmente considerado, representa la parte débil que demanda protección.

La doctrina, de manera general, ha alertado sobre la necesidad de fortalecer los derechos de los consumidores, con el fin de hacerlos valer de manera real y efectiva.

Según Julieta Ovalle, *"en las relaciones de consumo, el consumidor es la parte débil y, por ende, la parte que necesita ser protegida"*².

Durante los últimos 30 años se han gestado políticas tendientes a disminuir o eliminar dicho desequilibrio. En algunos países ha venido desarrollándose todo un sistema de responsabilidad denominado responsabilidad por productos o *products liability*³. Así mismo, se desarrollan esquemas de protección en otros frentes, como aquellos referentes a las cláusulas abusivas, la publicidad engañosa, las ventas a distancia, los sistemas de garantías y la consagración o el fortalecimiento de algunas

-
1. VID. A., Bercovitz (1987). "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil". En: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid. p. 23.
 2. OVALLE PIEDRA, Julieta (2001). *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. p. 27.
 3. Concepto desarrollado por Estados Unidos de Norteamérica para definir la obligación que tiene una persona de resarcir los daños y perjuicios causados a otra persona por un producto defectuoso.

obligaciones que recaen en cabeza del profesional, como la obligación de información y la obligación de seguridad.

Con la protección de los consumidores se busca garantizar el reconocimiento de una serie de derechos distintos, como los derechos a la protección de la salud y la seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos, el derecho a la información y educación y el derecho a la representación.

En una economía de mercado, las empresas utilizan distintos métodos que les permitan incrementar sus ventas de productos o servicios. La libertad de empresa implica la posibilidad para cualquier persona de concurrir al mercado para ofrecer y comercializar bienes o servicios. Al mismo tiempo, la libertad de empresa supone la existencia de una variedad de precios y calidades.

Así, la libertad de empresa favorece inmensamente a los consumidores, quienes tendrán la posibilidad de escoger bienes o servicios que presenten distintos precios o calidades.

No obstante, en algunas ocasiones dentro de la economía de mercado, las agresiones y los abusos contra los consumidores se vuelven frecuentes. El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información han hecho aún más latente esos abusos.

Adicionalmente se han desarrollado nuevas formas de contratación como los contratos a distancia, por medio de los cuales las partes contratantes están presentes físicamente, de manera simultánea, en el momento de celebrar el contrato, utilizando para ello el teléfono o cualquier medio telemático.

Esta técnica de contratación data de 1851, cuando en Estados Unidos, el empresario Isaac Singer organizó visitas con demostraciones a los clientes para vender máquinas de coser⁴.

4. XARDEL (1989). *Le marketing direct*. 3ª Ed. Paris. p. 54.

La época a la que se remontan estos métodos, se caracteriza por la falta de publicidad y la lentitud de los medios de comunicación. De esta manera, se buscaba favorecer al consumidor, especialmente a aquellos ubicados en los medios rurales, lejos de las grandes ciudades y en consecuencia de los centros comerciales⁵.

Actualmente, las empresas se valen de ciencias como el marketing, y de técnicas de comunicación que les permiten ponerse en relación directa y personal con los consumidores. Con el desarrollo de la internet y de las comunicaciones personales, la celebración de contratos a distancia se ha intensificado, y la actividad de las empresas en publicitar sus productos y servicios ha aumentado.

Hoy, con un simple clic desde el *mouse* de un computador, una persona podrá ordenar bienes o servicios a cualquier lugar del mundo. Así pues, la World Wide Web otorga opciones ilimitadas a los consumidores. Sin embargo, existen algunos aspectos que deben tenerse en cuenta, con el fin de no vulnerar sus derechos.

Por un lado, el consumidor debe estar informado acerca de la compañía con la que contrata, conocer su identificación y la forma en que puede contactarla. Por el otro, el consumidor debe obtener información suficiente en relación con el producto o servicio que va a contratar. Así, debe poder conocer los detalles de lo que está adquiriendo, como los componentes, las propiedades, el precio, los costos adicionales al precio, la garantía, el servicio posventa, las restricciones y el modo de pago, entre otras cosas.

Todos estos aspectos presentan grandes avances en algunos países. Así, por ejemplo, la Unión Europea ha armonizado la legislación de los Estados miembros mediante la adopción de la Directiva 97/7 referentes a la protección de los consumidores en las ventas a distancia y la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico.

Con la implementación de estas directivas, la Unión Europea consagra un régimen de protección a favor del consumidor que garantiza la efectividad de sus derechos

5. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra (1994). *Los contratos realizados fuera de los establecimientos de comercio*. Barcelona: Ed. Bosch. p. 33.

en las relaciones de consumo celebradas a distancia, en general, o mediante la utilización de sistemas telemáticos en particular.

Por su parte, la legislación colombiana de protección del consumidor está contenida, principalmente, en el Decreto 3466 de 1982. La protección consagrada en el estatuto tiene por objeto garantizar la calidad e idoneidad de bienes y servicios. Para ello consagra distintos mecanismos de protección como el registro de calidad e idoneidad, la garantía mínima presunta y la obligación de dar información veraz y suficiente en relación con los componentes y propiedades de los bienes y servicios.

Sin pretender querer abarcar todos aquellos aspectos que comprenden el régimen de protección al consumidor, el presente capítulo busca analizar los contratos de venta a distancia, y particularmente los mecanismos de protección contractual consagrados a favor de los consumidores.

Teniendo presente lo anterior, en una primera parte, se hará mención a la protección de los consumidores en las ventas a distancia en la Unión Europea (B) y posteriormente se analizará el estado de protección en Colombia (C).

B. Los contratos de venta a distancia en la Unión Europea

Antes de que el Parlamento Europeo y el Consejo expidieran la Directiva 97/7 sobre la protección de los consumidores, en materia de contratos a distancia, algunos países ya habían adoptado disposiciones normativas distintas en esta materia, lo cual generaba un efecto negativo en relación con la competencia entre empresas en el mercado interior⁶.

De conformidad con la mencionada directiva, se busca armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan la relación de consumo celebrada a distancia entre consumidores y profesionales, en cada uno de los Estados miembros.

6. Francia (1972), Austria (1979), Luxemburgo (1983), Alemania (1986), Portugal (1986), España (1991), Bélgica (1991) e Italia (1992).

Según el artículo 2º de la Directiva 97/7, se entiende por contrato a distancia *“todo contrato entre un proveedor y un consumidor⁷ sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”*.

No obstante ser una definición bastante amplia, la Directiva 97/7 excluye de manera expresa algunas actividades. Por ejemplo los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios financieros; aquellos celebrados a través de distribuidores automáticos; los celebrados con operadores de telecomunicaciones mediante la utilización de teléfonos públicos; los celebrados para la construcción, venta de bienes inmuebles o los que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, con excepción del arriendo; y los celebrados en subastas⁸.

En los contratos celebrados a distancia, el consumidor no tiene la posibilidad de discutir con el profesional los términos del contrato. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa a distancia, el consumidor no siempre tiene la oportunidad para formularle preguntas al vendedor, ver el producto, tocarlo, ensayarlo, negociar las condiciones del contrato; en otras palabras, hacer todo aquello que haría en una venta tradicional. En consecuencia, su manifestación de voluntad se encuentra desnuda y en la mayoría de los casos desprotegida, en comparación con aquellos contratos que se celebran dentro del establecimiento de comercio del profesional.

Así pues, la imposibilidad para examinar un bien y para negociar el contenido del contrato son las razones que dan pie, de un lado (1), a reforzar las obligaciones a cargo del profesional, y del otro (2) a permitir y aceptar el arrepentimiento del consumidor que ha manifestado su voluntad de contratar.

7. La Directiva 97/7 define consumidor como toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

8. Artículo 3º de La Directiva 97/7.

1. El fortalecimiento de las obligaciones a cargo del profesional

Con el fin de evitar ciertos abusos en contra del consumidor, la Directiva 97/7 contempla un marco más estricto de obligaciones a cargo del profesional. A lo anterior deben sumársele aquellas previsiones consagradas en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativas a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico.

Estas obligaciones se caracterizan principalmente por exigir el suministro de información suficiente relacionada con la identificación del profesional, la ejecución y el contenido del contrato, el bien o servicio objeto del contrato y el precio y demás gastos en los que eventualmente deberá incurrir el consumidor. Así pues, de un lado, el legislador europeo impone el contenido de esas informaciones, pero de igual manera impone la forma como deberán cumplirse.

a. Contenido de las informaciones previas

Un contratante debidamente informado es la condición *sine qua non* de un contrato equilibrado. De esta manera, el contratante expresará su consentimiento de manera inequívoca y sin que medie vicio alguno.

Antes de la celebración de cualquier contrato a distancia, el profesional deberá suministrarle al consumidor cierta información, la cual puede dividirse en las siguientes categorías:

- *Informaciones relacionadas con el profesional*

El consumidor deberá disponer de la información relacionada con la identidad del profesional y su dirección. Para el caso de las operaciones de comercio electrónico, el profesional deberá indicar el nombre de la empresa, la dirección geográfica en donde se encuentra el establecimiento responsable de la oferta, la dirección de correo electrónico y el número de teléfono. En algunos casos, debe garantizarse otra información como aquella concerniente el registro mercantil, los datos de la autoridad que supervisa la correspondiente actividad del profesional y el número de identificación tributaria, entre otras cosas.

- *Información relacionada con el producto o servicio ofrecido*

Sobre este particular, el profesional deberá suministrar la información relacionada con las características esenciales del bien o servicio. De otro lado deberá indicarse el plazo de validez de la oferta o del precio. En aquellos casos que impliquen el suministro permanente y repetido de productos o servicios, deberá indicarse la duración mínima del contrato.

Cuando se trate de información comercial, ésta debe ser claramente identificable como tal. El mismo principio se les aplica a las ofertas promocionales, los descuentos, premios, regalos, concursos o juegos promocionales.

- *Información sobre el precio*

El profesional deberá informar acerca del precio del bien o servicio, para lo cual tendrán que incluirse todos los impuestos. Adicionalmente, el profesional deberá informar acerca de los gastos de entrega a los que haya lugar y sobre las modalidades de pago.

- *Información sobre el proceso de comanda o pedido*

El profesional deberá informarle al consumidor acerca de la existencia del derecho de retracto, salvo en aquellos casos que se encuentran exceptuados y que serán mencionados posteriormente.

De otro lado, el consumidor deberá disponer de la información relacionada con el costo de la utilización de la técnica de comunicación a distancia, cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.

En las operaciones de comercio electrónico, el profesional deberá informarle al consumidor de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que este último realice la comanda o pedido, acerca de los diferentes pasos técnicos que deben ejecutarse para celebrar el contrato, si va o no a registrar el contrato celebrado y la forma de acceder a éste, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido y los idiomas en que puede celebrarse el contrato.

Por último, deben mencionarse por escrito la información en relación con las modalidades del derecho de retracto, el lugar de depósito de las eventuales reclamaciones, el servicio posventa y las condiciones de rescisión del contrato.

b. Cómo debe suministrarse la información

El profesional deberá facilitarle al consumidor la información antes mencionada de manera clara y comprensible, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, y deberá respetar, particularmente, los principios de buena fe comercial, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar, como es el caso de los menores de edad⁹.

Con estas previsiones, se pretende asegurar un verdadero acceso a la información por los consumidores¹⁰. En el caso específico del comercio electrónico, estas medidas garantizan que el profesional no pueda contentarse con indicar sobre su sitio web que la información respectiva se encuentra contenida y disponible en otro soporte (por ejemplo en un catálogo o afiche), sino que es su obligación desplegar toda la información sobre el sitio web al cual accede el consumidor.

Adicionalmente, la información debe ser de fácil acceso, de forma directa y permanente.

El fácil acceso implica que el consumidor no tenga que buscar la información de manera desesperada. Por el contrario, el acceso a ésta debe darse de una forma lógica y necesitar para ello tan sólo los conocimientos básicos para manejar las técnicas de comunicación respectivas. Así pues, la información deberá ser accesible mediante la misma técnica empleada para presentar y ofrecer el bien o el servicio que está comercializándose.

Por su parte, el acceso directo y permanente responde a la idea de que el destinatario de la oferta, en este caso el consumidor, pueda acceder a la información respectiva para consultarla en cualquier momento antes realizar la comanda o pedido.

9. Artículo 4° de la Directiva 97/7.

10. El mismo principio se aplica en los contratos a distancia celebrados entre profesionales. Este principio fue introducido por la Directiva de Comercio Electrónico.

Ahora bien, cuando el consumidor realice un pedido por electrónica, el profesional deberá acusar recibo del pedido sin demora indebida e igualmente por vía electrónica. Lo anterior significa que el pedido realizado por el consumidor no determina el momento de celebración del contrato sino que tan sólo implica una etapa más para la celebración del contrato. Así, por ejemplo, en Francia, el proyecto de Ley de la Sociedad de la Información establece que el contrato se entiende celebrado cuando después de haber realizado el pedido y de haber recibido el acuso de recibo del profesional, el consumidor confirma su aceptación¹¹.

Así pues, el acuerdo de voluntades generador de obligaciones en comercio electrónico presenta particularidades. Adicionalmente, las divergencias jurídico-conceptuales entre los distintos Estados miembros impiden alcanzar un consenso para determinar el momento en que se entiende celebrado el contrato. Por estas razones, la Directiva de Comercio Electrónico es muda y deja al arbitrio de cada Estado miembro la determinación del momento en que se entiende celebrado el contrato.

La celebración de un contrato a distancia genera algunos efectos específicos: una vez celebrado el contrato, el consumidor tendrá derecho al arrepentimiento, a retractarse, a cambiar de parecer.

2. El derecho de retracto

Como se indicó anteriormente, las relaciones de consumo son por naturaleza desequilibradas. El consumidor es considerado la parte débil, la parte que necesita protegerse. Esa debilidad se acentúa aún más en los contratos celebrados a distancia, en donde el consumidor no entra en contacto directo con el objeto del contrato, bien o servicio, tal como sucede normalmente en los contratos celebrados dentro del establecimiento del profesional. Así pues, el consumidor se encuentra en situación vulnerable, la cual le impide negociar directamente el contenido del contrato con el profesional en condiciones de igualdad.

11. WERY Etienne y VERBIEST Thibault. « Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 Août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information. Droit et nouvelles technologies ». En: www.droit-technologie.org.

Por su parte, acudir a los vicios del consentimiento no demuestra ser una protección efectiva de los intereses del consumidor, la cual debe caracterizarse por ser ágil, rápida y oportuna.

Teniendo en cuenta lo anterior, el legislador europeo fortalece la posición del consumidor al conferirle un plazo para que reflexione, se informe y determine la conveniencia que le reporta el contrato celebrado. Así pues, durante este plazo el consumidor tendrá derecho de arrepentirse por haber celebrado el contrato o, por el contrario, podrá reafirmar su decisión. Ahora bien, el ejercicio de este derecho le permite al consumidor resolver el contrato de manera unilateral, sin incurrir para ello en ningún tipo de responsabilidad.

El derecho al retracto es el mecanismo de protección que el legislador europeo ha considerado adecuado para que el consumidor pueda defenderse cuando celebre ventas a distancia.

El artículo 6° de La Directiva 97/7 consagra el derecho al retracto de la siguiente manera:

“Artículo 6° Derecho de resolución.

1. Respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el costo directo de la devolución de las mercancías al proveedor.

A efectos del ejercicio de dicho derecho, el plazo se calculará:

- En el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mismos por el consumidor, cuando se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5°;

- Por lo que respecta a los servicios, a partir del día de celebración del contrato o a partir del día en que se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5° si éstas se han cumplido después de la celebración del contrato, siempre que el plazo no supere el plazo de tres meses mencionado en el párrafo siguiente. Cuando el consumidor no haya cumplido las obligaciones a que se refiere el artículo 5°¹², el plazo será de tres meses. Dicho plazo comenzará a correr:
- para los bienes, a partir del día en que los reciba el consumidor;
- para los servicios, a partir del día de la celebración del contrato.

Si la información contemplada en el artículo 5° se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días laborables al que se hace referencia en el párrafo primero comenzará a partir de ese momento.

2. Cuando el consumidor haya ejercido el derecho de rescisión con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos. Únicamente podrá imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión el costo directo de la devolución de las mercancías. La devolución de las sumas abonadas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.

12. El artículo 5° se refiere a la obligación que tiene el profesional de confirmar el pedido realizado por el consumidor.

3. Salvo si las partes conviniesen en otra cosa, el consumidor no podrá ejercer el derecho de resolución previsto en el apartado 1 para los contratos:

- de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1;
- de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar;
- de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez;
- de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor;
- de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas;
- de servicios de apuestas o loterías.

4. Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que:

- en caso de que el precio de un bien o de un servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor, o

- en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

Los Estados miembros determinarán las modalidades de la rescisión del contrato de crédito”.

De la lectura del artículo antes transcrito, a continuación nos referiremos a las características del derecho de retracto, la forma de ejercerse y las posibles excepciones a su ejercicio.

a. Características del derecho de retracto

El derecho de retracto presenta las siguientes características:

- *Es discrecional.* El consumidor puede ejercerlo de manera libre y sin presentar ningún tipo de razón que fundamente su decisión. En efecto, el consumidor no está obligado a indicar los motivos que lo llevaron a cambiar de parecer. Según Gema Alejandra Botana García, “(...)el consumidor está liberado de toda obligación de justificar su decisión”¹³. El consumidor puede ejercer este derecho de manera automática y sin tener para ello que acudir ante una autoridad judicial o administrativa determinada.

De otro lado, su ejercicio no conlleva la imposición de ninguna penalidad. El consumidor estará obligado solamente a asumir el costo directo de la devolución de los bienes adquiridos.

13. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra. Op. cit. p. 115.

- *Es personal del consumidor.* Solamente el consumidor que ha celebrado el contrato es la persona facultada para ejercerlo. Este derecho no está consagrado a favor del profesional quien no podrá desligarse del contrato sin comprometer su responsabilidad.
- Ø *Su ejercicio está limitado en el tiempo.* El consumidor dispone de un plazo mínimo de siete días hábiles para ejercer el derecho de retracto. En otras ocasiones especiales, ese plazo puede extenderse hasta por tres meses.
- Ø *Es de carácter irrenunciable.* El consumidor no puede renunciar a este derecho de manera previa a la celebración del contrato. Sobre este particular, vale la pena reiterar que el artículo 5° de la Directiva 97/7 establece que cuando el consumidor realice un pedido, éste deberá recibir confirmación por escrito de la parte del profesional. Posteriormente, establece que, en todo caso, deberá facilitarse información escrita sobre las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho de retracto. Por su parte, el numeral 1 del artículo 11 de la Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico, dispone que los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario del servicio realice un pedido vía electrónica, el prestador del servicio debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y vía electrónica.

En consecuencia, es una obligación del profesional informar mediante escrito sobre las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho de retracto. El cumplimiento de esta obligación no es susceptible de pacto en contrario en aquellos casos en donde la persona que realiza un pedido sea un consumidor.

b. Ejercicio del derecho de retracto

De conformidad con la Directiva 97/7, el profesional tiene la obligación de informarle al consumidor acerca de las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de retracto. Así pues, no está prevista una forma determinada para proceder con su ejercicio. Será el profesional quien diseñará las condiciones y modalidades para ejercerlo.

Para efectos de calcular el plazo, la Directiva 97/7 distingue entre los contratos que se refieren a bienes de aquellos que se refieren a la prestación de servicios. Para el caso de los contratos cuyo objeto son bienes, el plazo se comenzará a contar a partir del día de la recepción de los mismos, siempre que el profesional haya cumplido su obligación de enviar la confirmación por escrito de la información que está obligado a suministrar de manera previa. Ahora bien, si el objeto del contrato es la prestación de servicios, el plazo se contará a partir del día de su celebración o a partir del día en que el profesional haya cumplido con obligación de enviar confirmación escrita de la información antes mencionada en el punto (a) de este escrito.

En caso de incumplimiento de la obligación de confirmación, el plazo se extenderá a tres meses, el cual se calculará de la misma manera como se mencionó anteriormente.

No obstante, cuando el profesional cumple su obligación de confirmación dentro del plazo de tres meses antes señalado, tendrá derecho a que ese término se acorte de nuevo a siete días hábiles¹⁴.

El ejercicio del derecho de retracto no genera la imposición de ninguna penalidad en contra del consumidor. Su ejercicio obliga al profesional a devolver las sumas abonadas o pagadas por el consumidor, sin que ello genere el descuento de gastos. Esta obligación deberá cumplirse dentro de un plazo no mayor a 30 días. A su turno, el consumidor estará obligado a cubrir los gastos de devolución de las mercancías objeto del contrato resuelto.

Respecto a los gastos de devolución, la Directiva no los determina, lo cual a su turno podría generar diversas interpretaciones en cuanto a su extensión o contenido. Eventualmente, podría pensarse que esos gastos comprenden no solamente el transporte sino además aquellos relacionados con el empaquetamiento o el acondicionamiento del mismo. Según mi parecer, esos gastos deberían comprender únicamente aquellos relacionados con el envío, es decir, el transporte.

14. En derecho francés esta facultad que tiene el profesional se ha denominado "*droit de repentir*".

Por su parte, las sumas que hayan sido pagadas por el consumidor deberán devolverse lo antes posible. Para ello, la Directiva 97/7 prevé un plazo límite de 30 días.

De otro lado, el derecho de retracto no es un derecho de carácter absoluto. De conformidad con la Directiva 97/7, en algunas circunstancias, si las partes no convienen en contrario, el consumidor estaría imposibilitado para ejercerlo.

c. Excepciones al derecho de retracto

De conformidad con el numeral 3 del artículo 6º de la Directiva 97/7, en algunos casos el consumidor no podría ejercer el derecho al retracto salvo que las partes convengan otra cosa. En estos casos, el ejercicio del derecho de retracto no forma parte esencial del contrato celebrado y, en consecuencia, la posibilidad de ejercerlo estará condicionada a que las partes así lo hayan convenido de manera expresa. En otras palabras, en algunos casos, el derecho de retracto será un elemento accidental del contrato celebrado entre el consumidor y el profesional.

Así pues, el consumidor no podrá ejercer el derecho de retracto en los siguientes casos:

- En los contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el consentimiento del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días hábiles.
- En los contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero, las cuales no pueden ser controladas por el profesional.
- En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme con las especificaciones dadas por el consumidor.
- En los contratos de suministro de bienes que no pueden ser devueltos o que pueden deteriorarse o caducar con rapidez.

- En los contratos de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor.
- En los contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones o revistas.
- Y en los contratos de servicios de apuestas y loterías.

En los casos antes mencionados, la Directiva europea busca proteger a los profesionales contra eventuales abusos de la parte de los consumidores. Aunque el derecho de retracto no está suprimido o excluido por completo, sí se requiere el expreso consentimiento de las partes para incluirlo dentro del contrato.

Ahora bien, la protección de los consumidores consignada en la Directiva 97/7 no se extingue en la consagración de la obligación de información a cargo del profesional y del derecho de retracto antes analizado. Adicionalmente, se incluyen otros mecanismos como la posibilidad de solicitar la anulación de un pago realizado mediante tarjeta de crédito de manera fraudulenta. Así, el consumidor tiene derecho a que en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de crédito, se abonen a su cuenta las sumas abonadas por concepto de pago o que se le restituyan. Igualmente, se consagran restricciones a la utilización de ciertas técnicas de comunicación a distancia como el fax o el sistema automatizado de llamada sin intervención humana. En estos casos se requerirá el consentimiento previo del consumidor.

C. Los contratos de venta a distancia en Colombia

La Constitución política consagró de manera expresa y por primera vez algunas disposiciones tendientes a la protección de los derechos de los consumidores.

De esta manera, el artículo 78 de la Carta contiene algunas disposiciones que hacen referencia expresa a la protección de los consumidores.

El artículo en mención dispone:

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad,

así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos” (subrayado por fuera del texto).

De conformidad con este artículo, la ley regulará, entre otras cosas, la información que debe suministrársele al público en su comercialización. Así pues, la obligación de informarle a los consumidores durante la etapa de adquisición de un bien o servicio es de carácter constitucional.

De otro lado, la protección de los consumidores está consagrada, principalmente, en el Estatuto de Protección al Consumidor, contenido en el Decreto 3466 de 1982 que fue expedido por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 73 de 1982. Este estatuto fue concebido para una economía cerrada y según la concepción de un Estado eminentemente proteccionista. Hoy, nuestra economía está de cara al mundo. Nuestros productos se comercializan en distintos países, y de igual manera millones de productos ingresan en el mercado nacional.

Sumado a lo anterior, la utilización de nuevas tecnologías le permite a cualquier internauta colombiano acceder a otros hemisferios para adquirir bienes y servicios de distinta índole. Así, por ejemplo, la adquisición de libros, electrodomésticos, música y ropa, que se realiza desde cualquier computador con acceso a internet, es común en nuestros días.

De igual manera, es común realizar compras a través de otros medios como teléfonos fijos y celulares.

En relación con esta realidad, nos cuestionamos: ¿los actuales mecanismos consagrados en la normatividad confieren una efectiva protección a los consumidores, o por el contrario, se requiere adoptar nuevas herramientas que permitan crear confianza en el uso de las nuevas técnicas de contratación existentes hoy, en la vida en sociedad?

Según el criterio de algunos, las disposiciones contenidas en el Decreto 3466 de 1982 (en adelante el Estatuto) son suficientes para garantizar una efectiva protección de los consumidores¹⁵.

Yo me pregunto si el Estatuto les confiere a los consumidores una protección efectiva para la realización de ventas a distancia. En otras palabras, ¿qué mecanismos de protección contractual se encuentran consagrados a favor del consumidor en las ventas a distancia? (1).

De la respuesta a estos interrogantes se explorará la necesidad de aceptar las relaciones entre consumidores y profesionales mediante la adopción de nuevos mecanismos que permitan valerse de nuevas técnicas de contratación como las ventas a distancia, y particularmente del desarrollo del comercio electrónico en nuestro país (2).

1. Los mecanismos de protección contractual consagrados en la legislación colombiana

El derecho de protección al consumidor ha desarrollado nuevos conceptos tendientes a fortalecer la posición de éstos frente a los productores y comercializadores de bienes y servicios. Así pues, y teniendo en cuenta que ha sido reconocida la inferioridad de los consumidores frente a los productores o comerciantes con los cuales contrata, la jurisprudencia ha desarrollado conceptos como la prohibición de

15. Ésta es la posición del actual Superintendente de Industria y Comercio.

cláusulas abusivas, la responsabilidad por producto defectuoso y el fortalecimiento de ciertas obligaciones en cabeza del productor, comerciante o importador, según sea el caso.

Desde la óptica del derecho colombiano, los mecanismos de protección contractual están enfocados principalmente hacia ciertos aspectos relacionados con la calidad¹⁶ e idoneidad¹⁷ de los bienes o servicios contratados.

Por ejemplo, la protección del Estatuto se centra en algunos conceptos como el registro de calidad e idoneidad de bienes o servicios, la garantía mínima presunta y la información acerca de los componentes y propiedades de esos bienes o servicios.

a. El registro de calidad e idoneidad de bienes y servicios

El registro de calidad e idoneidad de bienes y servicios (en adelante el Registro) es un mecanismo de protección de carácter público, mediante el cual todo productor o importador declara ante la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, las características de sus productos o servicios que determinan de manera precisa su calidad e idoneidad.

Así pues, el Registro es un documento proveniente del productor o importador de un bien o servicio, con base en el cual establece su responsabilidad por la calidad e idoneidad, por la garantía mínima presunta y por las marcas, leyendas y la propaganda comercial del respectivo bien o servicio.

Según la naturaleza o clase de productos o servicios, la SIC podrá, mediante resolución, determinar las condiciones que debe reunir el Registro. En todo caso, el

16. Según el literal (f) del artículo 1º del Estatuto, se entiende por calidad de un bien o servicio “*el conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan, distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir*”.

17. El literal • del artículo 1º del Estatuto define idoneidad como la “*aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la normal y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado*”.

productor o importador deberá efectuar el Registro con sujeción a las nociones de calidad e idoneidad definidas por el Estatuto.

Ahora bien, si para el producto o servicio existe una norma técnica oficializada de calidad, el Registro deberá ajustarse, como mínimo, a esa norma técnica. Así pues, las características de calidad del Registro serán determinadas por la existencia de una norma técnica si la hubiere. De no existir, el producto o servicio deberá cumplir, como mínimo, las nociones de calidad e idoneidad consagradas en el Estatuto.

En consecuencia, la calidad e idoneidad de los bienes o servicios ofrecidos deberá corresponder a aquellas calidades previstas en el Registro o a las contempladas en las normas técnicas correspondientes. En caso contrario, el productor o importador comprometerá su responsabilidad dando lugar a la aplicación de sanciones administrativas. Si el productor o importador no ha realizado el Registro, su responsabilidad se podría ver igualmente comprometida. En este caso, la mala o deficiente calidad o idoneidad y la demostración de un daño serán suficientes para la aplicación de las sanciones administrativas.

Adicionalmente, el sistema de Registro constituye un mecanismo de información por medio del cual el consumidor podrá constatar si el bien o servicio adquirido responde a unas características mínimas de calidad e idoneidad que el productor se comprometió a cumplir. Por tener un carácter público, el consumidor siempre podrá acceder al Registro correspondiente. Para ello, todo productor tiene una obligación adicional de información por medio de la cual deberá hacer mención¹⁸ del número y la fecha del Registro, la entidad ante la cual se haya realizado y si es el caso, de la norma técnica oficializada.

En el caso de las ventas a distancia en general, y de aquellas realizadas a través de medios telemáticos en particular, el comercializador tendría la obligación de hacer

18. Respecto a los bienes, la mención se hará en el cuerpo mismo del producto, o en sus etiquetas, envases o empaques, o en un anexo que se incluya dentro de éstos o se entregue al consumidor al momento de la adquisición del bien de que se trate. Si el contrato fuere escrito, la mención deberá obligatoriamente hacerse en él.

Respecto a los servicios, la mención se hará por escrito y será entregada al consumidor al momento de contratarlos. De la misma manera, si el contrato es escrito, se hará la mención respectiva de manera obligatoria.

mención clara y expresa de la existencia del respectivo Registro y/o de la norma técnica oficializada. Sin lugar a dudas, la obligación de informar acerca del Registro se encuentra contenida dentro de la obligación general de información que se consagra a favor de los consumidores y que está a cargo de los productores, vendedores, distribuidores o importadores de bienes o servicios. En efecto, el Registro contiene las características esenciales del bien o servicio, las cuales deben ser informadas al consumidor.

b. La garantía mínima presunta

De conformidad con el artículo 11 del Estatuto, la garantía mínima presunta se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios. Es un mecanismo de protección a favor de los consumidores, por medio del cual los proveedores y expendedores se comprometen a asegurar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el Registro, o aquellas previstas en las normas técnicas oficializadas, así el bien o servicio no haya sido objeto de registro.

En consecuencia, la garantía mínima presunta es el término mínimo durante el cual el proveedor o expendedor asegura las condiciones de calidad e idoneidad de los bienes o servicios ofrecidos al consumidor. Dicha obligación comprenderá la asistencia técnica, la reparación y el suministro de repuestos necesarios para la adecuada utilización del bien. El cumplimiento de estas obligaciones no faculta al proveedor o expendedor para cobrar alguna suma a cargo del consumidor por concepto de gastos o costos en que se haya incurrido. Si la falla persistiera, el consumidor podría solicitar el cambio del bien por otro de la misma especie.

Ahora bien, la existencia de la garantía mínima presunta no impide que los proveedores o expendedores otorguen una garantía diferente, siempre y cuando esa garantía no confiera condiciones más desventajosas que puedan afectar los intereses de los consumidores.

Así pues, la garantía mínima presunta o las garantías diferentes otorgadas por los proveedores o expendedores son mecanismos para proteger al consumidor contra las lesiones causadas por la adquisición o contratación de bienes o servicios que no

respondan a las condiciones de calidad e idoneidad previstas en el Registro o en la norma técnica oficializada respectiva.

Tal como antes se mencionó, la garantía mínima presunta se entiende pactada en todo contrato de compraventa. Ello incluye igualmente a los contratos de venta a distancia. Sin embargo, ¿será posible hacer efectiva la garantía mínima presunta en aquellos casos en que un consumidor ubicado en Colombia adquiere bienes de un proveedor ubicado en otro país, a través de internet?

Sobre este particular, la SIC¹⁹ ha establecido que las normas del Estatuto no son aplicables a contratos celebrados fuera del territorio nacional y que, por tanto, las obligaciones allí contempladas no son exigibles en el exterior a productores, distribuidores y proveedores de bienes o servicios con los que se haya contratado, salvo que expresamente el contrato así lo haya previsto.

c. Obligación de dar información veraz y suficiente

El artículo 14 del Estatuto dispone que toda información que se le dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios ofrecidos deberá ser veraz y suficiente. Así, está prohibida la información que no corresponda a la realidad, así como la que induzca o pueda inducir a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, propiedades, calidad, idoneidad o la cantidad de bienes o servicios ofrecidos.

Adicionalmente, el artículo 31 del Estatuto dispone que todo productor es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos, así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponde a la realidad o induzca a error al consumidor.

Así pues, el Estatuto consagra a favor de los consumidores una obligación general de información respecto a los componentes y propiedades del bien o servicio.

19. Concepto con número de radicación 03067941 del 31 de octubre de 2003.

¿Podríamos considerar que esa obligación se predica, igualmente, de otros aspectos no mencionados en el Estatuto como la forma de pago, la presentación de reclamaciones, el servicio técnico posventa o aspectos relacionados con la identificación del proveedor?

Aunque el Estatuto pareciera circunscribir el cumplimiento de esta obligación únicamente a las características relacionadas con el bien o servicio, yo creo que en toda relación de consumo, el consumidor deberá gozar de una información abundante no sólo respecto al objeto del contrato, sino igualmente respecto a otros aspectos que afectan la ejecución del mismo.

El cumplimiento de esta obligación se fundamenta en el principio de buena fe que debe observarse en todo contrato. En efecto, el desequilibrio que se presenta en las relaciones de consumo exige un fortalecimiento de ciertas obligaciones a cargo del proveedor.

Ese fortalecimiento se justifica aún más en el caso de las ventas a distancia. Evidentemente, la imposibilidad de discutir con el proveedor y de examinar el bien, justifican que la obligación de dar información no se limite solamente a los componentes y propiedades del bien o servicio respectivo.

Así las cosas, a continuación se analiza la necesidad de adoptar nuevos mecanismos que permitan la efectiva protección de los consumidores.

2. La necesidad de un nuevo estatuto

Actualmente cursa en la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 081-03 para expedir un nuevo Estatuto del consumidor y del usuario (en adelante el Proyecto).

La protección contractual del consumidor y del usuario es uno de los puntos centrales del Proyecto. Así, de conformidad con el artículo 1º del Proyecto, la protección contractual forma parte de su objeto. El artículo 1º dispone:

“Artículo 1º. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas con ocasión de las relaciones de consumo, las obligaciones de los producto-

res y prestadores de servicios, la responsabilidad por productos y servicios defectuosos, la protección contractual, el sistema nacional de protección del consumidor y el funcionamiento de las organizaciones de consumidores y usuarios”.

De otro lado, el Proyecto consagra un título entero a la protección contractual del consumidor. El título III se refiere a las ventas a distancia, los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas y a las operaciones a plazo, entre otras.

Adicionalmente, el Proyecto consagra un gran abanico de derechos en cabeza del consumidor. Entre los derechos consagrados se encuentran el de reclamación directa, el de la efectividad de la garantía, a la igualdad, de elección, a gozar de la efectividad de los derechos a la libre competencia, a recibir información, a estar protegidos en materia de publicidad engañosa o discriminatoria, y a ser representados por sus organizaciones.

Así mismo, el Proyecto consagra algunos deberes de los consumidores y usuarios, como el deber de informarse respecto a la calidad de los bienes y servicios, así como de las instrucciones que suministre el productor, proveedor o prestador de servicios, en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación.

En relación con las ventas a distancia en particular, el Proyecto hace referencia expresa al comercio electrónico²⁰, a los contratos celebrados vía electrónica²¹ y a las ventas a domicilio, las cuales se encuentran consagradas en el artículo 33 y 34 del Proyecto.

Aunque el Proyecto requiere algunas precisiones, desde la perspectiva de la protección contractual del consumidor en las ventas a distancia, éste es un paso

20. El literal (q) del artículo 8º del Proyecto define comercio electrónico como “*toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar*”.

21. El literal ® del artículo 8º del Proyecto define contrato por vía electrónica como aquel “*celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos*”.

adelante en la adopción de una herramienta que permita la defensa efectiva de los intereses de los consumidores, y además contribuya al desarrollo de las nuevas tendencias de contratación de consumo masivo como el comercio electrónico.

Así las cosas, se destacan, de un lado, el fortalecimiento de los derechos de los consumidores, y del otro, la consagración expresa de las denominadas ventas a domicilio.

a. *El Proyecto fortalece los derechos del consumidor*

Tal como lo dispone el artículo 1º del Proyecto, es parte del objeto regular los derechos y obligaciones surgidas con ocasión de las relaciones de consumo.

En toda relación de consumo existe un derecho principal, cual es recibir un bien o servicio en condiciones de calidad, cantidad e idoneidad óptimas que permitan el uso y goce efectivo del mismo.

De conformidad con el Proyecto, éste es un derecho esencial de los consumidores. Ahora bien, para hacer efectivo este derecho, el Proyecto consagra una serie de derechos diferentes a favor del consumidor. De esta manera, se consagran los siguientes derechos:

- *Derecho a la reclamación directa.* El consumidor podrá presentar quejas directamente ante el proveedor del bien o servicio contratado, cuando sus derechos hayan sido vulnerados. El consumidor deberá obtener una solución oportuna y efectiva a su petición.
- *Derecho a la garantía.* El consumidor tendrá derecho a reclamar la garantía por los vicios o defectos que presenten los bienes o servicios adquiridos.
- *Derecho de igualdad.* El consumidor tiene derecho a ser tratado equitativamente y de manera no discriminatoria.
- *Derecho de elección.* El consumidor debe gozar de libertad a la hora de tomar sus decisiones.

- *Derecho a la libre competencia.* El consumidor debe poder gozar de los beneficios que se generan cuando existe libre competencia dentro del mercado.
- *Derecho en materia de publicidad.* El consumidor debe ser protegido contra la publicidad engañosa y discriminatoria.
- *Derecho a recibir información.* El consumidor tiene derecho a ser informado acerca de las características del bien o servicio que va a adquirir. De esta manera, el proveedor estará en la obligación de informarlo respecto de la calidad, cantidad, composición, forma de uso y precio del respectivo bien o servicio. Así mismo, el proveedor deberá informarle al consumidor acerca de los riesgos que puedan derivarse del consumo o utilización, de los mecanismos de protección de sus derechos y de la forma de ejercerlos.
- *Derecho a informar.* Los consumidores y las organizaciones que los representan tendrán derecho a acceder a los medios masivos de comunicación, para informar, divulgar y educar sobre el ejercicio de sus derechos.
- *Derecho a la educación.* Los consumidores tienen derecho a recibir educación sobre consumo, sus derechos y la forma de hacerlos efectivos.
- *Derecho de representación.* Los consumidores tienen derecho a ser representados por organizaciones que velen por sus intereses.
- *Derecho a la participación.* Los consumidores tienen derecho a participar y ser oídos por los poderes públicos en el estudio de las decisiones legales que les conciernen.

Como puede apreciarse, el Proyecto consagra una serie de derechos, algunos de los cuales se derivan directamente de la relación de consumo.

El reconocimiento de derechos como el derecho a la información y de reclamación directa constituiría un gran avance en el fortalecimiento de la posición de los consumidores frente a los proveedores de bienes y servicios. En efecto, aunque el Estatuto obliga a los proveedores a dar información veraz y suficiente, ésta se refiere únicamente a los componentes y propiedades del bien o servicio adquirido. Por el

contrario, la obligación de información consagrada en el Proyecto va más allá, pues no se limita a referirse a las características del bien o servicio, sino que además se extiende a otros aspectos como los riesgos que implique el consumo o la utilización del bien o servicio, la protección de sus derechos y la forma de ejercerlos.

Así las cosas, es acertada la concepción que tiene el Proyecto de la obligación de información, la cual es indispensable no sólo en toda relación de consumo sino además en aquellas que se realizan a distancia. Sin embargo, es recomendable que la obligación de información se concrete aún más, sobre todo respecto a aquellas relaciones de consumo realizadas a distancia.

b. El Proyecto consagra de manera expresa las ventas a distancia

Como ya se mencionó, la protección contractual de los consumidores forma parte del objeto del Proyecto. Adicionalmente, existen algunas disposiciones especiales de protección como aquellas referentes a las ventas a domicilio (artículos 33 y 34). El artículo 33 del Proyecto dispone:

“Artículo 33. Ventas a domicilio. El productor o prestador de servicio que realice operaciones a domicilio, empleando medios en los cuales se concreten operaciones no presenciales o en otras condiciones en que sea imposible documentar concomitantemente la transacción, deberá:

1. Cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor o usuario y que éste ha sido plena e inequívocamente identificado.
2. Permitir que el consumidor o usuario haga reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original.
3. Cubrir los costos de empaque, seguros ordinarios, manejo y transporte, los cuales deberán estar incluidos en el precio de venta.

4. Mantener los registros necesarios y poner en conocimiento del consumidor o usuario, el asiento de su transacción y la identidad del distribuidor final y del productor del bien”.

A su turno, el artículo 34 establece:

“Artículo 34. Contratos especiales. En los contratos celebrados a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares, el productor o prestador de servicio deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales a través de medios inequívocos y observando las normas que los regulan”.

Las ventas a distancia se encuentran consagradas expresamente en el Proyecto. No obstante, su consagración no presenta un desarrollo íntegro de la materia. Sus disposiciones deben interpretarse junto a aquellas consagradas en la parte general, como las referentes a los derechos de los consumidores y aquellas que se refieren a los contratos de adhesión y a las cláusulas abusivas²².

22. El Proyecto dedica dos capítulos enteros al desarrollo del tema relacionado con los contratos de adhesión y de las cláusulas abusivas. Sus disposiciones se transcriben a continuación.

Capítulo 2

Contratos de adhesión

Artículo 35. Validez de los contratos de adhesión. Para la validez de los contratos de adhesión deberán cumplirse las siguientes condiciones:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos escritos se utilizará el español.
2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas. En el escrito del contrato, los caracteres deberán ser legibles a simple vista.
3. Detallar de manera clara y puntual las condiciones del bien o servicio que se contrata, la responsabilidad del proveedor o vendedor y su prohibición para modificar unilateralmente el contrato.
4. No incluir espacios en blanco.
5. En caso de remitirse a normas legales éstas deberán ser transcritas o resumidas.

Artículo 36. Cláusulas prohibidas. En los contratos de adhesión no se podrán incluir las siguientes cláusulas:

1. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.
2. Las que desconozcan normas generales para servicios con menoscabo de los intereses del consumidor y que se encuentren reguladas legalmente.
3. Las que estén escritas en idioma diferente al oficial o cuyos caracteres no sean legibles a simple vista.
4. Las que trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del proveedor.
5. Las que dispongan términos de prescripción inferiores a los legales.
6. Las que obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley.
7. Las que imposibiliten, limiten, exoneren o anulen la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza, en los productos o servicios ofrecidos, o por inadecuada o insuficiente información sobre los peligros o condiciones de utilización de los bienes o servicios.
8. Las que impongan al consumidor cargas probatorias diferentes a las que le correspondan de acuerdo con las normas generales del derecho.
9. Las que autoricen la terminación unilateral del contrato por parte del proveedor, sin reconocerle el mismo derecho al consumidor.
10. Las que establezcan que el proveedor no reintegre lo pagado si éste resuelve el contrato cuyo objeto no se ha realizado o permitan restituir el valor nominal sin corrección monetaria.
11. Las que autoricen al proveedor a modificar unilateralmente el precio, las tarifas, o las condiciones inicialmente pactadas, sin que se le conceda al consumidor el derecho a resolver el contrato cuando tales modificaciones lo afecten.
12. Las que prevean la posibilidad de cesión del contrato por parte del proveedor, sin el consentimiento del consumidor.
13. Las que generen un desequilibrio sustancial entre los derechos y obligaciones de las partes.
14. En general, las que razonablemente puedan ser consideradas como abusivas, en contra del consumidor.

Artículo 37. Constancia de la operación y aceptación. Cuando se celebren contratos de adhesión, el productor o prestador de servicios está obligado a entregar al consumidor copia de éste, donde conste la operación realizada y sus condiciones, a más tardar dentro de los tres días siguientes a la celebración del contrato. El productor o prestador de servicio deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales. En caso de existir normas especiales, estas obligaciones se regirán por dichas disposiciones.

Artículo 38. Interpretación favorable. Tratándose de contratos de adhesión, las condiciones generales serán interpretadas de la manera más favorable al adherente. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas particulares sobre las condiciones generales.

Artículo 39. Aplicación. El hecho de que una o varias cláusulas de un contrato hayan sido negociadas, no obsta para la aplicación de lo previsto en este capítulo.

Capítulo 3 **Cláusulas abusivas**

Artículo 40. Concepto. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las circunstancias relacionadas con la transacción particular que se analice.

Artículo 41. Algunas cláusulas abusivas. Las siguientes cláusulas abusivas serán ineficaces y se tendrán por no escritas:

1. Las que limiten la responsabilidad del productor o prestador del servicio por productos o servicios defectuosos.
2. Las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor o usuario.
3. Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

La iniciativa del presente Proyecto, se reitera, es un paso adelante en materia de protección de los derechos de los consumidores. El actual Estatuto no responde a las circunstancias actuales que se presentan las relaciones de consumo. Sin embargo, ello no significa que el Proyecto tal como existe actualmente sea el mecanismo idóneo para remplazar al Estatuto.

En efecto, el Proyecto requiere nutrirse de más debates y discusiones que permitan identificar la mejor manera de proteger los derechos e intereses de los consumidores. La concepción de algunos derechos sigue siendo confusa y errónea. Así, por ejemplo, es lamentable la concepción del derecho de retracto que se consagra. El derecho de retracto es el instrumento más idóneo para permitirle equilibrar la balanza en las relaciones de consumo que se realizan a distancia. Mediante este instrumento, el consumidor tiene la posibilidad de reflexionar sobre el consentimiento que dio al momento de adquirir un bien o contratar un servicio. En los contratos a

-
4. Las que trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o prestador de servicio.
 5. Las que establezcan que el proveedor no reintegre lo pagado si se resuelve el contrato cuyo objeto no se ha realizado.
 6. Las que prevean la posibilidad de cesión del contrato por parte del prestador de servicio o proveedor sin el consentimiento del consumidor o usuario.
 7. Las que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el proveedor no cumpla sus obligaciones.
 8. Las que concedan al proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo.
 9. Las que, presentes los supuestos de ley, impidan al consumidor resolver el contrato o excepcionar el incumplimiento del proveedor.
 10. Las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en esta ley.
 11. Las que incluyan pago de intereses o tasas no autorizadas legalmente.
 12. En los contratos de promesa de compraventa, las cláusulas que autoricen modificación unilateral del contrato de compraventa respectivo o modifiquen la oferta o desconozcan vicios redhibitorios contemplados en el Código Civil.
 13. Las que establezcan contribuciones obligatorias, cualesquiera sea su denominación, destinatario o beneficiario, como requisito indispensable para ingresar en los establecimientos educativos de cualquier índole.
 14. Los que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones a su cargo.

Artículo 42. Efectos de la nulidad o de la ineficacia. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida que éste pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.

Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente”.

distancia, el consumidor no tiene la oportunidad de discutir las condiciones y el contenido del contrato; en muchas ocasiones, no tiene tiempo de reflexionar sobre la conveniencia de adquirir el bien o el servicio contratado. En otras palabras, el consumidor contrata a ciegas, adquiere un bien sin tener la oportunidad de verlo, tocarlo o ensayarlo. En consecuencia, sería conveniente mirar todos estos aspectos que hacen del derecho de retracto el único mecanismo adecuado que le permite al consumidor hacerle frente a todas aquellas campañas de promoción y mercadeo agresivas que adelantan los comerciantes y prestadores de servicios.

Así pues, se concluye que en Colombia la protección contractual de los consumidores en materia de contratos a distancia está rezagada. La legislación vigente no responde a las necesidades y circunstancias actuales, El Estatuto fue el fruto de una política económica de gobierno eminentemente cerrada y proteccionista. Adicionalmente, otro de los grandes problemas que presenta el Estatuto es que no se conoce. En efecto, las organizaciones de consumidores no han divulgado su existencia, y por eso los consumidores desconocen sus derechos.

Por otro lado, la expansión e internacionalización de la economía obligan a los Estados a la implementación o adecuación de su normatividad para permitir, de un lado, la utilización de nuevas técnicas de contratación que nacen con el desarrollo de la telefonía celular y la internet y, por el otro, la efectiva protección de los derechos de los consumidores.

Por las razones mencionadas, es necesario crear conciencia de la necesidad de llevar a cabo un cambio de nuestra legislación vigente en la materia. El desarrollo del comercio electrónico está condicionado, entre otras cosas, a crear un clima de confianza en las transacciones que se realizan a través de medios telemáticos. Así mismo, esa confianza se adquiere mediante la consagración de derechos que permitan una protección efectiva a los consumidores.

Capítulo 6.

Los medios de pago: evolución y responsabilidad de sus emisores

Héctor José García Santiago*

*El presente escrito tiene como objetivo que la loable
función de los Defensores del Cliente Financiero,
haga eco en la actividad de los emisores de medios de pago.*

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Hacienda Pública del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Diplomado en Impuestos de la Universidad Javeriana y la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente cursa estudios de Magíster en Derecho Administrativo. Ha sido profesor de posgrado en la Universidad de la Sabana y profesor en pregrado en la Universidad Javeriana. Autor de varios artículos relacionados con el comercio electrónico. Autor de la tesis de Grado: Seguridad en el Comercio Electrónico y de diferentes artículos sobre la seguridad y responsabilidad en el uso de medios de pago electrónicos. Director del Centro de Estudios de Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Subcomité de Comercio Electrónico *International Chambers of Commerce* – Colombia. Trabajó en la Defensoría del Cliente Financiero de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia donde desarrolló diferentes tesis jurídicas que sirvieron de base para defender a los clientes financieros de los fraudes en la redes telemáticas. Actualmente trabaja como abogado litigante donde asesora a diferentes empresas de tecnología en temas fraudes en redes telemáticas, montaje de Entidades de Certificación Digital y desarrollos tecnológicos.

Las consideraciones que se presentan a continuación, reflejan la opinión personal del autor desde una perspectiva académica y no implican ninguna posición institucional por parte de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (Asobancaria).

Capítulo 6

Los medios de pago y evolución de la responsabilidad de sus emisores

Introducción

El presente capítulo trata de la evolución de los medios de pago y de la responsabilidad de sus emisores. Se comienza con una introducción a los medios de pago, que incluye una descripción de los diferentes tipos de medios de pago y de los factores que influyen en su uso. A continuación, se analiza la evolución de los medios de pago, desde los medios de pago tradicionales hasta los medios de pago modernos. Se discute la importancia de la responsabilidad de los emisores de los medios de pago y se presentan algunas recomendaciones para mejorar la responsabilidad de los emisores. El capítulo concluye con una conclusión general sobre la evolución de los medios de pago y la responsabilidad de sus emisores.

A. Introducción

El dinero, cuya concepción ha venido delimitándose desde el siglo XVIII y que puede definirse, sin pretender desconocer las diversas teorías sobre su significación¹, como el medio de cambio de curso legal, que comprende todos los mecanismos de pago y que permite, ciertamente, el intercambio de bienes y la obtención de servicios, ha evolucionado a tal punto que hoy día la mayoría de las transacciones se efectúan a través de diversos sustitutos² de éste, como las tarjetas débito, las tarjetas de crédito, las tarjetas inteligentes y los títulos valores³, y en algunas de sus acepciones, por supuesto, teniendo en cuenta que éstos no siempre se refieren a obligaciones de pagar una suma de dinero, como es el caso del conocimiento de embarque o certificado de depósito y la carta de porte.

La metamorfosis y tecnificación del dinero como forma de pago⁴, han cambiado, como es de suponerse, la estructura de hacer negocios, agilizando las transacciones y aproximando las fronteras, y a la vez reduciendo, a primera vista, los riesgos por hurto y suplantación del dinero —moneda y papel—. Sin embargo, como veremos, los fraudes en medios de pago sustitutos del dinero producen pérdidas sorprendentes.

Los principales actores del sistema de pagos, debido a su especial condición de intermediarios de transferencias de flujos de fondos, en transacciones mercantiles y

1. Al respecto, puede consultarse CARRIZOSA, Mauricio. *Revista Espe*. No. 3, abril de 1983.

2. El cheque, palabra originaria de Inglaterra, es un título valor impreso en formularios bancarios considerado uno de los medios de pago de mayor expansión y utilización.

3. Cesar Vivante, en 1895, en su monografía sobre títulos valores, los definió de la siguiente manera: *todo documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que de él resulta*.

GARRIGUES, Joaquín. (*Los títulos valores. Revista de Derecho Mercantil*. No. 36. 1951. pp. 305 a 306), define el título valor como "un documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento".

Los autores Cohen y Renault, en su obra *Traité de droit commercial* los definen así: *son documentos que adoptando formas diversas comprueban una obligación de pagar una suma de dinero transmisible por endoso o por tradición manual que sirven de instrumentos de pago, supliendo así a la moneda*.

Para complementar el tema de los títulos valores puede consultarse: PEÑA NOSSA, Lisandro y RUIZ RUEDA, Jaime (1999). *Curso de títulos valores*. Bogotá. Sexta Edición. Cámara de Comercio de Bogotá.

4. En derecho el pago es una de las formas de extinguir las obligaciones que consiste en la entrega de una suma de dinero. Quién paga cumple la prestación debida (artículos 1625 y siguientes del Código Civil).

financieras, son, imperiosamente, las entidades bancarias, y la banca central⁵, a través de la emisión de tarjetas débito y crédito, así como de billetes, monedas, títulos, bonos, etcétera, respectivamente.

Las tarjetas, consideradas el último eslabón en la cadena de trueques, se han convertido en la mayoría de los países, desarrollados o en vías de desarrollo, en un sistema habitual de pago. Sin embargo, la implementación de las tarjetas de pago ha tenido que superar innumerables inconvenientes, como la falta de legislación, la falta de seguridad y el cambio de mentalidad de los usuarios, clientes o consumidores. Las tarjetas inteligentes, último desarrollo en materia de *dinero plástico*, no escapan, evidentemente, a estos problemas.

Con este panorama difuso de los actuales medios de pago, se hace indispensable la búsqueda de la modernización de éstos, no sólo a nivel técnico sino también normativo. Como veremos, la legislación sobre tarjetas es casi nula en la mayoría de los continentes.

El desarrollo técnico consiste en la capacidad de agilizar los pagos, minimizando tiempos de transacción y de transferencia de fondos, según parámetros de seguridad óptimos, mundialmente aceptados. El desarrollo normativo debe centrarse en el establecimiento de condiciones y requisitos mínimos de seguridad, de información a los clientes y usuarios respecto a las recomendaciones de seguridad y riesgos, así como a evitar la imposición de cláusulas inequitativas y exonerativas de responsabilidad por los prestadores del servicio.

Entre otras ventajas, los medios de pago sistematizados logran la descongestión de las oficinas bancarias y de los establecimientos de comercio, evitando el desplazamiento de los clientes, reduciendo, como es palmario, los costos de transacción⁶ de

5. Un banco central moderno es la institución encargada de crear y controlar la cantidad de dinero que circula en las economías nacionales, actúa como banquero de los demás bancos y es su prestamista en última instancia, maneja las reservas internacionales de los países y usualmente es agente fiscal de los gobiernos. El principal propósito de sus políticas es preservar el poder adquisitivo del dinero y de esa manera contribuir al logro de un crecimiento económico sostenido" (<http://www.lablaa.org/blaavirtual/credencial/135labanca.htm>)

6. Los costos de transacción son aquellos gastos adicionales, que no están directamente relacionados con la operación, pero que la hacen más costosa; por ejemplo, el costo de desplazamiento.

la operación, ofreciéndoles, de esta forma, nuevos y mejores servicios a los clientes e introduciendo, en el sector financiero, en últimas, el concepto del *Home Banking*. Este servicio es posible, hoy día, gracias a la red telefónica y a la internet. La primera tiene aplicación, en la gestión de cobranza, telemarketing, televentas, consultas de saldos, transferencia de fondos, pagos de productos bancarios y de servicios públicos; la segunda, internet, cumple hoy día las mismas funciones que la red telefónica, salvo, como es obvio, la gestión de cobranza y de televentas. Sin embargo, es un espacio potencial de servicios de valor agregado que debe valorarse y aprovecharse tanto por las entidades financieras, como por los establecimientos de comercio con presencia en la internet.

Sin perjuicio del auge de las redes de transmisión de información, es evidente que pese a los esfuerzos de los emisores de medios de pago, para evitar la inseguridad y, consecuentemente, la falta de confianza en este tipo de mecanismos —tarjetas crédito, débito e inteligentes—, no se ha alcanzado el propósito deseado: la masificación de estos mecanismos, convirtiéndose, entonces, la inseguridad y la falta de confianza, en el talón de Aquiles en el desarrollo eficaz de este tipo de instrumentos. Diariamente, se advierten fraudes electrónicos en cajeros automáticos y en redes de transmisión de información; perjuicios que frente a la regulación actual y de conformidad con los acuerdos contractuales de adhesión, que hoy celebran las entidades emisoras de medios de pago con sus clientes, deben ser asumidos por el usuario e incluso por los establecimientos de comercio y sólo, frente a la culpa grave o falla del sistema, son atribuibles a los prestadores del servicio, situación que pone de presente la iniquidad del sistema.

Esta realidad connota la necesidad de implementar mecanismos de seguridad eficientes y eficaces, la expedición de normatividad que se ajuste a la realidad del mercado, donde la prioridad sea la protección al cliente, usuario o consumidor. Así, resulta trascendental que iniciativas como el Proyecto de Ley 081 de 2003 “por el cual se expide el Estatuto del Consumidor y del Usuario”, contemplen en su articulado sistemas y principios de protección, en particular, para todo tipo de actividades en donde esté implícita la utilización de medios de pago, como el comercio electrónico y las operaciones bancarias por medios telemáticos.

Con base en este escenario, a continuación enunciaremos los diferentes tipos de medios de pago, los riesgos a los que se encuentran expuestos, así como los tipos de

contratos que en la actualidad celebran las partes intervinientes en este tipo de operaciones, haciendo, en este punto, especial énfasis en las cláusulas abusivas y, finalmente, concluyendo quién debe asumir, en estos actos, la responsabilidad por eventuales fraudes.

B. Medios de pago

El fenómeno tecnológico que viene presentándose hace varios años en el país ha sido muy significativo en cuanto a la modernización de medios de pago, pues ha llegado a un método automatizado y electrónico. Para las entidades financieras, el fin consiste en capturar, enviar, procesar y almacenar información esencial de sus clientes a través de medios electrónicos; así mismo, generar entornos de pagos: iniciación, envío, procesamiento y compensación de pagos, en sistemas electrónicos. Las empresas, por su parte, buscan realizar las operaciones tradicionales a través de sistemas operativos que permitan tener un mejor control y una mayor eficiencia y eficacia de los recursos: pagos de nómina, transmisión de información, facturación, etcétera. Los clientes, en su calidad de consumidores finales de servicios y productos, demandan sistemas que representen diversos valores agregados para el manejo de sus depósitos, como la posibilidad de pagar servicios públicos, consultar saldos, efectuar transferencia de fondos, etcétera, sin la necesidad de desplazarse.

En 1993, la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, Asobancaria, creó el Comité de Informática y Tecnología, con la colaboración de los vicepresidentes de tecnología de las entidades del sector financiero y con el apoyo Banco de la República, cuyo objetivo consiste en analizar las tendencias mundiales de tecnología, así como suscitar y liderar la modernización de los sistemas de pago en Colombia.

Ahora bien, es importante diferenciar que los medios de pago tienen dos campos de acción: el sistema de pagos a gran escala y los pagos que pueden denominarse individuales. En el primero, intervienen como actores principales de la operación el banco central y los bancos privados; y en el segundo, los titulares de medios de pago, es decir, los llamados tarjetahabientes.

Respecto al primer campo de acción, sistema de pago a gran escala, es necesario destacar que el sector financiero ha enfrentado cambios importantes en su

estructura gracias al empeño del Banco de la República y de asociaciones como la Asobancaria, cuyos esfuerzos, se materializaron en los diferentes sistemas operativos implementados y que hoy día facilitan el tránsito de los recursos. Estos sistemas operativos, que en la actualidad permiten la realización de pagos y transferencia de fondos en el sector financiero y económico del país, son, brevemente, los siguientes:

- **El Depósito Central de Valores, DCV.** Su función consiste en desmaterializar los títulos de deuda pública y los títulos administrados por el Banco de la República. Una de las mayores ventajas de este sistema es la transferencia electrónica de los títulos, es decir, la capacidad de negociarlos en línea, disminuyendo costos de operación y proporcionando niveles de seguridad más adecuados, evitando, además, el problema de la cancelación y reposición de los títulos extraviados.
- **Sistema Electrónico del Banco de la República, Sebra.** Este sistema permite el manejo electrónico de las cuentas que maneja el Banco de la República.
- **Sistema Electrónico de Negociación, SEN.** El fin primordial de este sistema es permitir que las entidades participantes efectúen negociaciones en tiempo real, de compra y de venta de títulos de deuda pública, ofertas activas o pasivas de repos⁷ y operaciones interbancarias, brindando transparencia a las negociaciones. La operación —costo y condiciones—, se reporta de manera inmediata al DCV, para que la liquidación se dé electrónicamente en la fecha de cumplimiento pactada, lo cual implica la eliminación del riesgo de pago o del riesgo de crédito, toda vez que contra la entrega del título se hace efectiva la transferencia de recursos.
- **Sistema de Compensación Electrónica de Cheques, CEDEC.** Este sistema fue diseñado para simplificar el proceso de canje de cheques, con base en el truncamiento, implementado con éxito en países como España, Francia y Alemania. Cada entidad bancaria debe definir un centro de operaciones donde recibirá información de todas sus oficinas y, a su vez,

6. Las operaciones repos consisten en compras o ventas de cartera con pacto de recompra. La Superintendencia Bancaria por medio de la Carta Circular 79 de 1993 definió las operaciones repos de la siguiente manera: “De conformidad con lo establecido en los numerales 3.4. y 3.5. de la Circular Externa 58 de 1988, las operaciones repos conllevan la transferencia en propiedad de los títulos negociados por un determinado precio, acompañada del pacto de transferir al reportado la propiedad de los mismos títulos en el plazo y en las condiciones convenidas”.

remitir, desde ese centro, toda la información al Banco de la República. La decisión de pago se tomará, entonces, con fundamento en la información electrónica, lo que implica una mayor seguridad y una transacción más eficiente. Este sistema elimina la duplicidad de los procesos, acelera el flujo de información, reduce costos y optimiza el procedimiento.

- **Cámaras de Compensación Automatizadas, ACH.** Es una red que a través de una cámara de compensación automatizada efectúa pagos o transferencias electrónicas de fondos entre entidades. Las intervinientes en este tipo de operaciones, son, de una parte, siempre presentes, las entidades financieras que actúan como remisoras o receptoras de fondos, con el fin de efectuar, como anotamos, pagos o para llevar a cabo transferencia de fondos y, por otra, se encuentran los clientes cuentaahorristas o cuentacorrentistas, quienes actúan como sujeto pagador o receptor de pagos o de transferencias de fondos, sin perjuicio de que las transferencias o los pagos se hagan con destino a productos diferentes a las cuentas. Se trata de un sistema bidireccional, toda vez que el flujo de capitales puede iniciarse desde cualquiera de las partes intervinientes. Las transacciones son casi inmediatas y pueden ser programadas para llevarse a cabo en fechas específicas. El desarrollo de las ACH tuvo origen en Estados Unidos, por iniciativa de los bancos, que en 1974, crearon la denominada *NACHA* (Asociación de Cámaras de Compensación Automatizadas). En la actualidad, esta asociación reúne a más de 36 ACH, que a su vez representan a 13.000 entidades financieras, beneficiando a millones de clientes, usuarios y consumidores de servicios financieros⁸.
- **Compensación Electrónica Nacional Interbancaria, Ceníit.** Es la ACH del Banco de la República. Permite efectuar transferencias de fondos débito y crédito, entre clientes de entidades financieras que posean cuenta de ahorros o corriente, de forma que pueda disponerse de los recursos de una manera rápida.

El anterior es el marco general de medios de pagos a nivel macro con el que cuenta el país. Ahora bien, en lo concerniente a los medios de pago a nivel micro o individual,

8. Para profundizar sobre el tema de las ACH véase. SERRANO, Tony (1977). *Modernización de los medios de pago. Situación colombiana y experiencias internacionales*. Primer Seminario de Tecnología para el Sector Financiero. Bogotá: Asobancaria. pp. 65 a 82.

existen diversas formas o herramientas económicas, con respaldo jurídico, que permiten efectuar pagos y que pueden, para efectos académicos, clasificarse en dos grandes grupos: el *dinero*, y, el *cuasi dinero*. Históricamente se han atribuido al dinero tres concepciones:

- Dinero metálico;
- Papel moneda del gobierno;
- Dinero bancario, incluyendo depósitos y algunas veces letras de cambio⁹.

Sin entrar a discutir los dos criterios —a priori y empírico¹⁰—, que suelen utilizarse para respaldar una definición del vocablo dinero; para efectos del planteamiento del presente capítulo, se adopta el criterio según el cual todos los activos líquidos encuadran dentro de la definición de *dinero*, abriendo el abanico para diferenciar, entonces, entre los denominados dineros en sí mismo considerados y los cuasi-dineros.

El *dinero* en sí mismo considerado involucra la moneda, el papel, el oro y la plata. Por su parte, el *cuasi dinero* comprende todo aquel medio que represente o *sustituya*¹¹ al dinero, con capacidad propia de pago, como los bonos, la letra, el cheque, la tarjeta débito, la tarjeta de crédito o las tarjetas inteligentes.

La gran diferencia, entre uno y otro, consiste en que las negociaciones cuyo medio de pago es el *dinero*, requieren una sola operación para llevar a término la negociación, es decir, el adquirente recibe el bien o el servicio y entrega una determinada suma de dinero como contraprestación y no necesita, esa negociación, ningún otro desplazamiento ni puesta en marcha de terceros ajenos a la transacción para perfeccionar el pago, lo cual, sin embargo, representa necesariamente un alto riesgo. Por el contrario, las transacciones efectuadas a través del *cuasi dinero*

9. FRIEDMAN, Milton (1970). *Monetary statistics of the united states*. Citado por: CARRIZOSA, Mauricio. *Ensayos sobre política económica*. Revista Espe No. 3. Banco de la República. Bogotá, abril de 1983.

10. Para profundizar al respecto, consúltese: PESEK, Boris y SAVING, Thomas (1967). *Money wealth and economic theory*. New York; Macmillan; NEWLYN, Walter. The supply of money and its control. *Economic Journal*, Vol. 74, Junio de 1962.

11. El verbo *sustituir* en términos económicos implica el remplazo de un bien, material o inmaterial, por otro, lo cual es impreciso en cuanto al dinero se refiere, toda vez que si bien existen medios que son representativos del dinero, éstos no tendrían efecto alguno sin la presencia física y tangible del dinero.

implican la transferencia de fondos o de recursos que se encuentran depositados, bien en cuentas corriente o cuentas de ahorro o terceros depositarios. Así, las entidades depositarias, con posterioridad a la operación, hacen entrega —obligación de dar—, al vendedor o prestador del servicio, de la suma de dinero cobrada como retribución de la negociación, lo cual implica un mayor costo de la transacción, representado en la comisión que ese tercero depositario cobra por su gestión. Operación que, contrario a las transacciones efectuadas directamente con *dinero*, representa, en principio, una mayor seguridad.

Como se anunció, el presente capítulo se circunscribe al tema del cuasi dinero, en particular a las tarjetas débito, crédito e inteligentes, como bienes representativos del vocablo dinero, que por su gran penetración en el mercado requieren una profundización especial.

La doctrina española, mayoritariamente, considera que la naturaleza jurídica de las tarjetas de pago es la de un *título valor impropio* y llega a esa hipótesis a través de la comparación entre las características de las tarjetas como medio de pago y los títulos valores. Así, las características de estos últimos son la *incorporación* de un derecho al título o documento, *legitimación* de la posesión, *literalidad* del documento y *autonomía* del derecho en él incorporado. Las tarjetas como medio de pago tienen componentes semejantes, de modo que incorporan un derecho tácito en el plástico, a favor del titular del medio de pago, con la salvedad de que a diferencia de los títulos al portador, las tarjetas, en principio¹², siempre serán títulos determinados. El ejercicio del derecho estará, al igual que en el título valor, limitado por el acuerdo contractual previo celebrado con el emisor del medio de pago y que podrá, por último, ejercerse con autonomía e independencia de las relaciones previas que antecedieron la emisión de la tarjeta, como el contrato de franquicia. Sin embargo, en el ámbito financiero, el ejercicio del derecho incorporado en la tarjeta de pago, está restringido al buen uso que el cliente le haya dado a los demás productos que tenga con la entidad, de suerte que ésta procederá al bloqueo de la tarjeta cuando se presente algún incumplimiento en cualquier otra obligación bancaria. Ahora bien, las características entre uno y otro no se cumplen a cabalidad y la *negociabilidad*,

12. Se dice que en principio, toda vez que no siempre una tarjeta está asociada a una persona determinada, como es el caso de las tarjetas telefónicas.

como elemento esencial del título valor, es nula en las tarjetas como medio de pago; ahí la impropiedad que se les atribuye a las tarjetas como título valor.

Las tarjetas, como medio de pago, tienen una serie de funciones o valores agregados que son, entre otras, las siguientes¹³:

- **Instrumento o medio de pago:** permiten la adquisición de bienes y la remuneración por la obtención de un servicio, sin necesidad de desembolsar dinero en efectivo.
- **Instrumento de crédito:** permite la disposición de recursos que no posee el titular de la tarjeta a título de crédito.
- **Instrumento de garantía:** por virtud del contrato entre el establecimiento de comercio y la entidad financiera.

1. Tarjetas débito

La tarjeta débito¹⁴ puede definirse como el objeto plástico dotado de una banda magnética, que se le expide al cliente que la haya solicitado, en virtud del vínculo con una entidad bancaria a través de una relación contractual —contratos de cuenta corriente y /o contratos de cuenta de ahorro—, cuyo fin primordial consiste en la disposición de los depósitos bancarios, mediante el uso de los servicios que la entidad ofrece por intermedio de la tarjeta débito, como son, entre otros, retiros, consultas, pagos, sobregiros y transferencias de fondos a través de cajeros automáticos, así como la adquisición de productos en establecimientos de comercio¹⁵.

13. CARBONEL PINATEL, José Carlos (1994). *La protección del consumidor titular de tarjetas de pago en la Comunidad Europea*. Madrid: Editorial Beramer. pp. 168 a 171.

14. La comunicación de fecha 12 de Enero de 1987 de la Comisión al Consejo de la extinta Comunidad Económica Europea, CEE, definió la tarjeta débito como “aquella que da acceso a la cuenta bancaria del poseedor en la que se repercutirán las operaciones realizadas mediante la tarjeta (por lo general, retirada de billetes de una ventanilla bancaria automática o pagos realizados en un terminal instalado en el punto de venta) y esto se hará inmediatamente o (en caso de operaciones electrónica *off – line*) después de un período muy corto”.

15. Frente a la disposición de los depósitos de cuentas corrientes o de ahorros el numeral 6 del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra que «con excepción de lo dispuesto en el artículo 126 numeral 2, ningún establecimiento bancario podrá pagar depósitos de ahorros, o una parte de ellos, o los intereses, sin que se presente la libreta u otra constancias de depósito y se haga en ella el respectivo asiento al tiempo del pago, salvo en aquellos casos en que el pago se produzca mediante la utilización por parte del usuario de un medio electrónico que permita dejar evidencia fidedigna de la transacción realizada».

De conformidad con lo anterior, quien posea una tarjeta débito expedida por un establecimiento de crédito puede hacer uso de ella mediante dos mecanismos¹⁶:

- **Cajeros automáticos:** medios electrónicos a través de los cuales las entidades financieras les ofrecen a sus ahorradores y cuenta habientes la posibilidad de realizar diversas transacciones como una extensión del servicio, más allá del lugar donde están físicamente ubicadas las sucursales o agencias.
- **Puntos de pago:** en estos centros o puntos de lectura de las tarjetas débito puede pagarse el valor de bienes y servicios, mediante el correspondiente débito de la cuenta del titular, para posteriormente transferir la suma pagada a la cuenta del establecimiento de comercio que los vende.

El sistema de tarjetas débito no contempló en sus inicios la financiación de recursos a su titular, pues sólo le permitía movilizar sus depósitos a través de los mecanismos atrás explicados; no obstante, hoy día, se permite utilizar un cupo de sobregiro, previamente acordado con la entidad emisora, quién cobra una suma de dinero como contraprestación o remuneración, conocida comúnmente como cuota de manejo¹⁷, además de los intereses de financiación correspondientes.

Respecto a la normatividad sobre tarjetas débito, no existe en nuestra legislación una norma de carácter especial que las regule; sin embargo, la Superintendencia Bancaria de Colombia ha emitido directrices mediante Circular Externa 097 de 1998, título segundo de la Circular Básica Jurídica Numeral 8.1, por medio de la cual estableció los procedimientos que deben tenerse en cuenta en relación con la generación y recepción de tarjetas débito; procedimientos que aplican igualmente para las tarjetas crédito¹⁸. Sin embargo, frente al tema de la responsabilidad por

16. Al respecto puede consultarse el Concepto 98014397-2 de 1998, de la Superintendencia Bancaria.

17. La cuota de manejo encuentra su fundamento en los costos operativos y administrativos en que incurre el establecimiento para brindar los servicios originados en el contrato de apertura de crédito, como la emisión del plástico, los sistemas de computación y la producción de extractos. Resulta pertinente aclarar que ésta seguirá generándose mientras la tarjeta permanezca en poder del usuario. De esta suerte, dentro de las obligaciones del tarjetahabiente se encuentra la de pagar al establecimiento bancario, en las condiciones fijadas en el contrato, no solamente el valor de los gastos efectuados con la tarjeta débito sino también los intereses tanto corrientes como moratorios para el caso de las tarjetas de crédito y la cuota de manejo respectiva; tales pagos deben efectuarse dentro de los plazos establecidos contractualmente. (Ley 45 de 1990, artículo 68. De igual forma lo ha entendido la Superintendencia Bancaria de Colombia en Concepto 20000003745-1 de marzo 2 de 2000).

18. Circular Externa 097 de 1998. Las entidades vigiladas deberán establecer los procedimientos, controles y seguridades para las solicitudes de generación y recepción de tarjetas débito y crédito,

fraudes informáticos, nada dijo la circular en mención y, hasta la fecha, no existe regulación especial al respecto, lo cual implica que la normatividad para aplicar al respecto sea la contractual, en la que, como es predecible, las entidades emisoras del medio de pago incluyen cláusulas que las eximen de responsabilidad.

En la actualidad, los fraudes que ocurren por el uso indebido o fraudulento de las tarjetas débito, por terceros, son básicamente tres:

- *Pesca de claves.* Las tarjetas débito, en su gran mayoría¹⁹, requieren para su uso la digitación de una clave secreta de conocimiento exclusivo del titular, la cual es observada por truhanes en cajeros automáticos, establecimientos de

generación, asignación y entrega de claves a los usuarios. Los procedimientos deberán contemplar, entre otros, los siguientes aspectos, ya sea que los realicen por intermedio de empresas contratadas o lo hagan con recursos propios:

- Solicitudes de tarjetas débito y crédito.
- Recepción de tarjetas débito y crédito.
- Generación, asignación y entrega de claves.
- Bloqueo y rehabilitación de tarjetas débito y crédito.
- Emisión, impresión de tarjetas débito y crédito.

La entrega de las tarjetas débito y crédito deberá realizarse de manera personalizada, esto es, única y exclusivamente al beneficiario de la misma.

Al momento de la entrega de la tarjeta, la entidad vigilada deberá efectuar una capacitación clara y sencilla al usuario, para explicarle, entre otros aspectos, los beneficios, cuidados físicos, seguridades en el uso de cajeros automáticos y en los puntos de servicios de establecimientos comerciales, procedimientos para seguir ante pérdida, robo, retenciones no autorizadas de las tarjetas y advertir acerca de los posibles fraudes que puedan cometerse.

Cuando la entrega de la tarjeta se realice a través de empresas de mensajería, deberá enviarse al usuario un folleto explicativo que contemple, como mínimo, los anteriores aspectos:

Se le debe especificar al tarjetahabiente acerca de las mínimas medidas de seguridad para tomar, tales como:

- Nunca permita por ningún motivo la colaboración de extraños al momento de realizar sus operaciones.
- Nunca le revele la clave a nadie.
- Nunca preste su tarjeta.
- Nunca mantenga la tarjeta y la clave en el mismo sitio.
- Nunca digite la clave frente a personas extrañas, ya sea en un cajero automático o en los puntos de servicio de entidades comerciales.
- Nunca olvide retirar el recibo de comprobante de la operación.

19. En el mercado financiero, varias entidades bancarias, como Davivienda y Citibank, ofrecen tarjetas débito que no requieren para su uso la digitación de claves secretas.

comercio y redes telemáticas²⁰ o telefónicas. La detección de claves se realiza a través de diversas artimañas como espejos y cámaras de video. En las redes telemáticas, ésta puede darse de dos formas: la primera consiste en el almacenamiento de claves por medio de lectores instalados en los computadores, generalmente, en cafés internet, los cuales gravan todas las letras y números digitados; la segunda se lleva a cabo mediante la interceptación de información que es transmitida a través de la internet, la cual, de viajar encriptada, puede ser descifrada por medio de sistemas operativos de descryptación, que incluso se consiguen en la red.

Éste es un requisito —detección de claves— indispensable, con la salvedad anotada (pie de pagina 19), para el uso fraudulento de la tarjeta débito.

- *Clonación de la banda magnética.* Esto sucede generalmente en establecimientos de comercio y recientemente, a través de cajeros automáticos, con la suplantación del cajero²¹. Al momento de hacer entrega de la tarjeta débito para efectuar un pago, se copia la información contenida en la banda magnética con lectores similares a los datáfonos.
- *El cambiazo.* Consiste en la entrega de una tarjeta falsa (de iguales características) por empleados malintencionados, que al momento en que el titular hace un pago —entrega física de la tarjeta—, cambian la tarjeta original por otra falsa.

Por tanto, es necesario que tanto el legislador como el organismo de control y vigilancia—Superintendencia Bancaria²²—, desarrollen una reglamentación clara y precisa en relación con las seguridades, que deben implementarse para garantizar no sólo que la transacción sea exitosa, sino además que se logre determinar la identificación del iniciador del mensaje, así como impedir la interceptación y hurto de los mensajes de datos, a través de sistemas criptográficos validados por entidades

20. La telemática es la unión entre los medios de comunicación y la informática.

21. Los delincuentes han llegado al punto de suplantar la parte frontal del cajero, con el fin de almacenar toda la información relativa a números de cuentas y claves secretas. De igual forma introducen dispositivos lectores de bandas magnéticas en la ranura del cajero.

22. Al respecto consúltese la Ley 45 de 1990.

de certificación debidamente autorizadas en el país por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Aunque existe una reglamentación —Circular Externa 2 de 2004²³—, concerniente a la protección, procedimientos, controles y seguridades al consumidor, en cuanto al tema de tarjetas débito y crédito se refiere; ésta no es suficiente, toda vez que se advierten profundos vacíos en cuanto a la implementación de mecanismos que garanticen la seguridad de la información que viaja en la internet al utilizar los diferentes medios de pago. Estos mecanismos deben ser implementarse, como es de suponerse, por el prestador del servicio en su calidad de profesional, más aún si se trata de un prestador de servicios públicos.

Igualmente, es insuficiente, por no decir nula, la reglamentación relativa a la responsabilidad del emisor de medios de pago en su calidad de prestador del servicio. Así mismo, es deficiente la regulación referente a las cláusulas inequitativas o abusivas que los reglamentos internos, procedimientos y contratos que celebran los emisores de pago con sus clientes, generalmente, suelen contener.

2. Tarjetas crédito

Como es bien sabido la expedición de la tarjeta de crédito nace como un acto posterior a la celebración de un contrato de apertura de crédito, el cual se encuentra regulado en los artículos 1400 y siguientes del Código de Comercio. Este contrato es bilateral, solemne, oneroso, de tracto sucesivo, de adhesión y consta de dos momentos en su desarrollo: (1) la disponibilidad de las sumas de dinero puestas a disposición del cliente por parte del establecimiento de crédito y (2) la utilización que el usuario hace de los recursos a través de la tarjeta de crédito en forma directa —avances en efectivo—, o indirecta: adquisición de bienes y servicios en establecimientos afiliados²⁴.

23. Circular Externa 2 de 2004. Superintendencia Bancaria. Reglas de protección al consumidor en la prestación de servicios mediante terminales, cajeros automáticos y en la expedición de tarjetas débito o crédito. Prestación de servicios de consignación o pago en terminales o cajeros automáticos.

24. Al respecto puede consultarse el Concepto 20000003745-1 de marzo 2 de 2000 de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

Las tarjetas de crédito pueden clasificarse en función de diferentes criterios, de la siguiente manera:

- *En función del número de personas que intervienen en la relación:*
 - Bilateral: entidad emisora y titular de la tarjeta.
 - Trilateral: emisor, establecimiento de comercio y titular de la tarjeta.
 - Cuatrilateral: cuando interviene además el banco del establecimiento afiliado.
- *Por el carácter del emisor:*
 - Entidades bancarias.
 - Establecimientos comerciales.
 - Sociedades emisoras.
 - Dueños de las marcas.
- *Por el ámbito de utilización:*
 - General.
 - Particular, dependiendo si tiene algún límite para su uso.
- *Según el ámbito territorial:*
 - Internacional.
 - Nacional.
 - Local.
- *Por el término de la vigencia:*
 - Semestral.
 - Anual.
 - Bianual.
 - Ilimitado.
- *Atendiendo a la titularidad de la tarjeta:*
 - Principal.
 - Amparada.
 - Familiar.
 - Empresarial.

Esta clasificación que no es taxativa ni excluyente, permite entender claramente el funcionamiento de las tarjetas de crédito.

Ahora bien, puede afirmarse que las tarjetas de crédito tienen dos campos de acción, los denominados sistemas cerrado y abierto²⁵. En el primero, la relación se suscita entre el titular de la tarjeta y el comercio afiliado, en el que el administrador del medio de pago, que puede o no coincidir con el establecimiento de comercio, es quien por su especial interés asume, en su calidad de promotor, la carga administrativa de la operación: afiliación, autorizaciones, facturación, controles de prevención, etcétera.

Un ejemplo de este sistema, cuyo uso se ha vuelto recientemente frecuente en Colombia, son las tarjetas expedidas por las grandes superficies, como SAO, Éxito, Carrfour, Spring Step, las cuales expiden tarjetas a sus clientes y cuya utilización es limitada, es decir, sólo puede ser utilizadas en el establecimiento emisor. Este sistema en un principio fue promovido por los emisores de medios de pago como *American Express*.

En el sistema abierto, la relación entre el titular de la tarjeta y el comercio afiliado recae en los bancos emisores de los medios de pago, que a su vez son quienes otorgan el crédito y responden, entonces, en calidad de emisores y de cobradores. Su uso, a diferencia del sistema cerrado, es más amplio y no se limita a un solo establecimiento de comercio.

Sin lugar a dudar, Estados Unidos de Norteamérica es considerado el país precursor en el desarrollo de las tarjetas como medio de pago. Según estadísticas presentadas en la Segunda Conferencia Mundial de JCB (tarjeta japonesa) de 31 de octubre de 1990 celebrada en Honolulu, en 1900, el número de tarjetas bancarias superaba los 200 millones. Hay que destacar la expedición tanto de las tarjetas bancarias como de las tarjetas privadas; las primeras expedidas, entre otras entidades bancarias, por Citibank, Bank America y Chase Manhattan, y por emisores como Visa, Master Card y American Express; las segundas, emitidas por quienes en nuestro país se conocen como las *grandes superficies*, como Sears, Roebuck & Co. etcétera, así como por

25. Para ampliar el tema consúltese RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio (2002). *Contratos bancarios*. Bogotá: Legis. Quinta edición. pp. 218 y 219.

compañías petrolíferas —Shell, Texaco, etcétera—, constructores de vehículos —Ford, General Motors, etcétera— y agencias de viajes, entre otros²⁶.

En Argentina, por ejemplo, la primera tarjeta introducida en el mercado fue la denominada City Card. en 1960; posteriormente, al año siguiente, ingresó Diners Club. En 1969 apareció la London Card, en 1971, Argendcard – Mastercard; en 1979, Carta Credencial y Carta Franca en 1981. Diners Club cuenta más de 250.000 usuarios y más de treinta mil (30.000) establecimientos afiliados; sin embargo, Argendcard - Mastercard dobla estas cifras. Visa, que opera desde 1975, cuenta más de 45 mil establecimientos afiliados. American Express soportó su desarrollo en 250 sucursales a través de los bancos locales. La primera tarjeta bancaria fue la llamada “América del Sur” del Grupo Lloyds Bank²⁷. Al igual que en la mayoría de países, donde la tarjeta de crédito constituye un medio de pago importante, no se ha desarrollado una regulación especial para las transacciones efectuadas por medios electrónicos. Sin embargo, la Secretaría de Comercio, dependiente del Ministerio de Economía, ha dictado algunas normas con miras a la protección de los derechos del consumidor y / o titular de las tarjetas de crédito²⁸.

En Japón, con un número de bancos muy limitado y donde funcionan eficientemente las transferencias bancarias, las tarjetas de crédito penetraron en el mercado gracias a sus servicios y / o valores agregados paralelos, como descuentos en restaurantes, hoteles, suscripciones, etcétera. Diners Club fue la tarjeta pionera, en 1960, como lo fue igualmente en China en 1973. La JCB, tarjeta líder en el mercado, apareció en 1961. En la actualidad, los bancos japoneses emiten anualmente más de un millón de tarjetas Visa entre sus clientes, pese a que la cultura japonesa tiene muy arraigado el pago en efectivo, razón por la cual las tarjetas de crédito no son muy utilizadas, al contrario de lo que sucede con las tarjetas débito, que son de uso común entre los ciudadanos japoneses. Al igual que en la mayoría de las legislaciones del mundo, Japón no cuenta con una normatividad precisa y especializada en cuanto pagos electrónicos; son, entonces, los acuerdos contractuales, como sucede hoy día

26. Al respecto puede consultarse CARBONEL PINATEL, José Carlos. Op. cit. pp. 31 a 37.

27. Al respecto puede consultarse MUGUILLO, Roberto A. (1991). *Tarjeta de crédito*, Buenos Aires: Editorial Astrea. pp. 10 y siguientes.

28. CARBONEL PINATEL, José Carlos. Op. cit.

en casi todos los países que utilizan estos medios, la normatividad llamada a regular este tipo de operaciones²⁹.

En Europa, las tarjetas de crédito eran utilizadas exclusivamente por los americanos, con el fin de atender viajes y negocios. Sin embargo, los establecimientos de comercio suntuosos, con el objetivo de ampliar sus ventas, se asociaron paulatinamente a los emisores americanos. Existen cuatro grandes emisores de tarjetas en EE.UU.: Visa, Eurocard, American Express y Diners Club. Los bancos National Westminster, Lloyds y Midland crearon la sociedad Joint Credit Card Company Limited, JCCC, en 1972, y el sistema denominado *acceso a la tarjeta de crédito*, por virtud del cual cada banco tenía facultades para emitir su propia tarjeta. Hacia 1976, la sociedad JCCC firmó un acuerdo comercial con Mastercard, lo cual permitió que las tarjetas emitidas por los bancos asociados al sistema tuvieran aceptación en toda la red mundial de Mastercard y viceversa. Al igual que en la mayoría de los países, el continente europeo, en su gran mayoría de países, no cuenta con una normatividad especial en cuanto a las tarjetas como medio de pago; sin embargo, existen diversas normas tangenciales que pueden aplicarse. Una de las primeras y de mayor importancia, se dio en Gran Bretaña, en 1974 —*The Consumer Credit Act* (Ley de Crédito al Consumidor)—, la cual estuvo inspirada en gran parte en la *Truth in Lending* de los Estados Unidos de Norteamérica, vigente desde 1969. Otras normas importantes son la Banking Act de 1987, la Data Protection Act de 1984, la Building Societies Act de 1986 y el Código de Conducta “*Good Banking*” aplicable para Gran Bretaña, que en cuanto al tema de las tarjetas reproduce el Código de las Asociaciones Europeas del Sector de Crédito, ECSA³⁰.

En Gran Bretaña, por ejemplo, no existe regulación en relación con el sistema de pagos con tarjeta; sin embargo, hay normatividad susceptible de aplicarse a éstas. La más relevante es *The Consumer Credit Act* de 1974, que consagra procedimientos favorables para la protección del consumidor. Así mismo, existen normas que indirectamente inciden en los pagos con tarjetas como lo es la Banking Act de 1987, que aplica para aquellos casos en que el emisor es una entidad bancaria.

29. Para ampliar la historia y penetración de las tarjetas consúltese: CARBONEL PINATEL, José Carlos. Op cit. pp. 27 a 72.

30. *Ibid.* pp. 37 a 48.

SAYER, Peter (1988). *Credit Cards and the Law*, London. pp. 2 a 4.

Francia, es el país europeo más avanzado en cuanto a la industria de tarjetas de pago, gracias al apoyo que le han dado los bancos al pago con tarjeta, como sustituto del cheque, así como el soporte que ha brindado la Administración Francesa de Telecomunicaciones y la Agrupación de Tarjetas Bancarias, lo cual ha fortalecido el uso de las tarjetas como medio de pago. Sin embargo, al igual que en la mayoría de legislaciones, en Francia no existe una regulación precisa frente al tema, y se debe entonces acudir a normas generales como la Ley 85 - 695 (Disposiciones de orden económico y financiero), la Ley Bancaria de 1984, relativa a la actividad y control de los establecimientos de crédito, entre otras.

Con este panorama, la consecuencia que se obtiene de repasar el actual sistema de las tarjetas de crédito es igual al de las tarjetas débito: falta de legislación, con un elemento adicional: necesidad de normatividad de aplicación internacional, lo cual, sin embargo, es viable hoy día gracias a la presencia de bancos mundiales emisores de tarjetas de pago en casi todos los continentes.

3. Cifras de penetración de tarjetas débito y crédito

Las tarjetas débito en el 2001, mantenían su participación agregada en niveles del 17,9%, mientras que el uso de las tarjetas crédito perdía terreno al pasar de 8,0% al 7,6%. En gran mediada, este resultado se atribuía a la baja capacidad de pago y de garantías de los sectores más pobres de la población³¹. Sin embargo, en el 2002, la población con tarjetas crédito y débito remontó en un porcentaje significativo, si se tiene en cuenta la crisis económica y financiera del país en los últimos años. Mientras en 1999 existían 9,7 millones de usuarios, en el 2002 se alcanzó un total de 10,4 millones: aumentaron el 7,2%³².

En el 2003 se aprecia un importante incremento en el uso del teléfono y de la internet para efectuar consultas, transferencias y pagos. El número de operaciones mensuales por la red ha aumentado en 1.652%, en los últimos cuatro años³³.

31. ASOBANCARIA. *La semana económica*. Editorial.. No. 344, 8 de febrero de 2002.

32. *Ibid.* No. 395. 21 de Febrero de 2003.

33. *Ibid.* No. 395. 21 de Febrero de 2003.

De conformidad con la información suministrada por las entidades financieras a diciembre de 2002³⁴, las transacciones por internet han crecido 551% promedio anual durante los últimos cinco años, con lo cual el número de operaciones promedio mensual a diciembre de 2002 alcanzó la cifra de \$4.621.000,00.

En relación con los diferentes servicios y productos ofrecidos por las entidades financieras a través de la red internet, los más frecuentes en su uso por los clientes hasta la fecha son las consultas, el 91,6% de la participación en el total de operaciones registradas (véase cuadro 6.1)³⁵.

Cuadro 6.1

Tipo de transacción	Participación
Consultas	91,6%
Transferencias propias	2,1%
Transferencias a terceros	0,7%
Transferencias a otras entidades	1,1%
Pago de servicios públicos	2,7%
Pago de tarjeta de crédito	0,7%
Pago de créditos	0,5%
Otros pagos	0,1%
Solicitud de productos	0,1%
Inscripción a domicialización	0,1%
Apertura de productos	0,1%
Envío información por e-mail	0,0%
Otros	0,2%
TOTAL	100%

Fuente: Asobancaria

4. Tarjetas inteligentes

Las tarjetas inteligentes constituyen el último eslabón en las tarjetas de medios de pago, pese a que su tecnología fue desarrollada hace más de 20 años. Son del tamaño de una tarjeta débito o crédito y su material es de plástico; sin embargo, se han

34. *Ibid.* No. 406. 16 de Mayo de 2003.

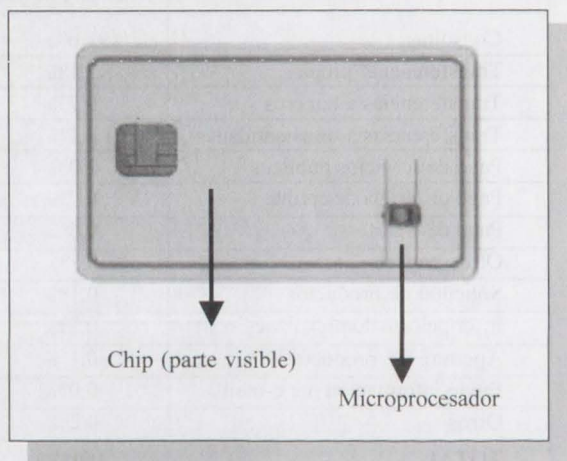
35. *Ibid.* No. 406. 16 de Mayo de 2003.

fabricado con material ABS (reciclable), lo que contribuye a preservar el medio ambiente.

La calidad de inteligentes se debe a su capacidad de almacenar y procesar datos, gracias a un microprocesador, el cual contiene la información necesaria —titular, crédito, números de cuenta, etcétera—, para llevar a cabo diversos tipos de transacciones.

Las tarjetas inteligentes pueden tener o no un chip —parte visible—, que se denomina placa de contactos, tal como se aprecia en la figura 6.1, dependiendo del uso que vaya a dársele a la tarjeta.

Figura 6.1



De conformidad con lo anterior, la tarjeta inteligente se ha denominado de diferentes maneras: tarjeta con microprocesador, con memoria, con microchip, tarjeta *a PUCE*, en francés y *smart card*, en inglés. Es importante aclarar que el chip o microchip no le confiere a la tarjeta la calidad de inteligente.

Los bancos franceses fueron los primeros en adoptar la tarjeta con memoria en 1986; posteriormente se implementó en países como Estados Unidos, Nueva Zelanda y Gran Bretaña, entre otros.

Las ventajas y los usos de las tarjetas inteligentes, TI, son diversos. Los sectores de mayor penetración de éstas son telecomunicaciones, salud, financiero, televisión,

transporte, ventas detal, empresarial. Otro de los usos de la TI es permitir mejorar la seguridad de funciones básicas de una organización, como pueden ser, entre otros, la autenticación de usuarios y la firma de documentos electrónicamente.

Generalmente, aunque no todas las tarjetas inteligentes requieren claves, para hacer uso de la TI es necesario conocer el PIN o clave secreta para acceder a ella. Las TI contienen dos claves criptográficas: una que se guarda en el computador del banco o de la entidad de certificación, y otra que se almacena en la tarjeta, es privada y ni siquiera la conoce su titular. Cuando la TI pasa por un lector y se digita correctamente el PIN, la clave privada encripta la información requerida y la envía a su destinatario, quien con la clave del banco o de la entidad descripta el mensaje.

Un punto a favor de las TI está relacionado con la seguridad. Gracias a su limitada capacidad de memoria impide posibles ataques de *hackers*, toda vez que el sistema rechaza el programa del *hacker* que, de acuerdo con los estudios de seguridad, son sistemas operativos complejos, al no poder operar en un “campo” con tan poca memoria.

Existen otros medios de pago que deben considerarse como inteligentes por la tecnología que involucran y que merecen, por su especialidad, un tratamiento diferenciado. Éstos son, entre otros, los siguientes:

- *Software Wallets*. Es un software localizado en un computador, que permite el almacenamiento de dinero virtual, con el fin de efectuar pagos igualmente virtuales. El software a través de una cuenta bancaria, permite transferir recursos del Banco del comprador al Banco del vendedor. En la práctica, este sistema afronta importantes barreras pese a las ventajas de seguridad que ofrece. Dentro de éstas pueden mencionarse: la nula aceptación en el mercado y la necesidad de instalación de softwares adicionales, entre otras. Este sistema es también conocido como de *tarjetas monederos*, que incorporan un chip en el cual puede almacenarse un valor monetario, el cual ha sido pagado previamente por el titular de la tarjeta al banco emisor. Sin embargo, y pese a su poca aceptación y difusión, este medio de pago se constituye como una alternativa importante.

- El pago a través de teléfonos celulares³⁶ puede hacerse de varias maneras: con las *smart card*, con tarjetas prepago y con tarjetas de crédito. Las tarjetas prepago funcionan de manera idéntica como operan las tarjetas para llamadas nacionales, locales, internacionales y llamadas a celular, que se encuentran hoy en el mercado: tarjetas ETB, Telepsa, Comcel, OLA, etcétera. Estas tarjetas tienen un PIN o clave secreta que permite garantizar la validez de la tarjeta en el sistema: así, el usuario, al realizar una compra en los establecimientos que cuenten con el software para tal fin, debe digitar los números de su clave, luego el sistema verifica la capacidad de pago de la misma y autoriza electrónicamente el pago. Este sistema es, sin lugar a dudas, práctico seguro y confidencial; sin embargo, también presenta dificultades en su difusión, toda vez que no es generalizado, en gran medida, por los altos costos que implica acceder a los mercados. Para tener una idea de su costo puede mencionarse el sitio Internet Cash³⁷, en Estados Unidos, que comercializa las tarjetas prepago entre US\$10 y US\$100.
- La *billeteira virtual*. Este sistema creado por *Microsoft* y *Yahoo*, consiste en la compra con tarjeta de crédito, pero a diferencia del tradicional método de pago, esta forma de pago funciona remitiendo los datos personales y bancarios por una sola vez; los datos son almacenados y asegurados mediante la criptografía y para llevar a cabo una compra sólo se requiere la identificación del usuario y hacer clic en el ícono billeteira virtual. Este sistema tiene como fin primario evitar la transmisión continua de datos personales y bancarios, para impedir la interceptación y uso fraudulento de los mismos.

36. La generalización del teléfono móvil en estos últimos cuatro años ha llevado a algunas empresas telefónicas a generar soluciones seguras y rápidas. En España, los bancos BBVA y BSCH y las operadoras Teñefónica y Airtel, uniendo esfuerzos, están poniendo en el mercado un sistema de pago móvil, con el cual procuran ganar más de cinco y medio millones de usuarios, entre comerciantes y clientes. (RINCÓN, BOHADA, SUÁREZ. *Op. cit.* p. 119.

37. Véase más información al respecto en TORO, José. COLEGIO DE ABOGADOS DE MEDELLÍN (2002). *Derecho del comercio electrónico*. Medellín: Ed. Biblioteca Jurídica Dike. p. 188. Disponible en: <http://www.internetcash.com/>. Como lo expresa el doctor Toro la empresa Beenz.com (<http://www.beenz.com>) desarrolló su propia moneda virtual. Para hacer uso de este servicio tenía que ingresarse en la página web de la empresa, diligenciar un formulario y una vez verificados los datos podía hacerse uso del medio de pago. Sin embargo, estas sociedades enfrentan serios problemas de mercadeo y de pagos de acreencias financieras, razón por la cual varias de ellas, incluso Beenz.com, han tenido que cerrar sus negocios y replantear sus estrategias de mercadeo.

- Los *cheques electrónicos*. Sistema mediante el cual el comprador envía un *e-mail* al vendedor autorizándole a retirar dinero de su cuenta mediante un sistema de certificados y firmas digitales. Este sistema funciona como un cheque de papel tradicional en el que la firma autógrafa se sustituye por otra totalmente digital. Sin duda, los cheques electrónicos se consideran un sistema seguro y confidencial, aunque lamentablemente su uso resulta complejo porque para ello se requiere realizar procesos criptográficos mediante la instalación de sistemas hardware. Por ello, este sistema es más apropiado para pagos de importe alto.

Finalmente, puede decirse que el dinero electrónico busca las mismas ventajas que el dinero físico, con mayor facilidad y comodidad. Además de ser de aceptación mundial, existe una garantía frente al pago, gracias a terceros de confianza como las entidades financieras y la de certificación. Estas ventajas implican para los establecimientos afiliados una mayor probabilidad de ventas nacionales y a turistas, así como una mejor imagen frente a sus clientes. Para las entidades emisoras significa el ofrecimiento de un “nuevo” servicio y un ingreso adicional, muy atractivo por los intereses de financiación del medio de pago, y por las comisiones bancarias. Para el titular del medio de pago, la principal ventaja es la *comodidad*, no sólo por su condición de sustituto del dinero efectivo (aplaza el desembolso), sino también por el acceso a los mercados internacionales desde la tranquilidad del hogar, así como por el control y seguimiento de las finanzas.

Sin perjuicio de lo anterior, las tarjetas como medio de pago presentan serios inconvenientes, como:

- Incitación a consumir, lo cual puede ocasionar un déficit en la economía familiar.
- Para el titular implica un mayor costo de la transacción por concepto de comisiones bancarias y tasas de interés.
- Para el establecimiento de comercio implica un menor ingreso por venta, igualmente, por la comisión que debe pagar al emisor del medio de pago.
- Para el emisor del medio de pago surgen básicamente tres inconvenientes: costos de publicidad por el lanzamiento y sostenimiento del producto; los impagos y morosos; la responsabilidad derivada de la falta de información al cliente o usuario, la falla del servicio, bien por omisión de los requisitos mínimos de seguridad que fije el legislador, o por fallas técnicas del sistema operativo.

- Los riesgos de la operación —pago a través de tarjetas por medios electrónicos— son diversos y muy significativos, entre los cuales sobresalen los fraudes con ocasión de la sustracción de claves secretas, por robo físico o por robo electrónico.

Las ventajas son ciertamente superiores a las desventajas, de suerte que la masificación de los medios de pago inteligentes debe ser sustentada por los emisores, no sólo en los beneficios comerciales, sino también, y aún más importante, en el soporte técnico – jurídico que respalde los eventuales perjuicios por fraudes no atribuibles al titular. A continuación, entonces, se estudian los riesgos y la seguridad en los medios telemáticos.

C. Los riesgos y la seguridad

Cuando nos referimos a los riesgos, lo primero que nos viene a la mente es la eventualidad de ocurrencia de un daño. El doctor Sarmiento³⁸ expone el significado etimológico del término *riesgo* de la siguiente manera:

Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad de que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una noción de potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de la responsabilidad y le otorga a la teoría que lleva su nombre un contenido esencialmente objetivo en el análisis de los hechos y las conductas que traen como consecuencia un perjuicio [...].

La concepción del riesgo³⁹, según el esquema del daño, desconoce la teoría de la culpa de la responsabilidad civil heredada del derecho romano, según la cual no hay

38. SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo (2002). *Responsabilidad Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 180 y 181.

39. Los antecedentes históricos de la teoría del riesgo son: “[...] la publicación en París, en 1897, de las obras de Saleilles *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, y de Josserand, *De la responsabilité du Fait des choses inanimées*. La sentencia de la Corte de Casación Francesa de 16 de junio de 1897, referente al caso del remolcador “La Marie” y la expedición de la Ley francesa de 9 de abril de 1898 sobre la responsabilidad en los accidentes de trabajo. (SARMIENTO GARCÍA, Manuel. *Op. cit.* p. 187.

responsabilidad sin culpa comprobada, en la que el elemento *culpa* se convierte en un requisito previo indispensable para el nacimiento de la obligación de indemnizar⁴⁰.

De esta suerte, en la teoría del riesgo, el daño connota el elemento forzoso para la generación de responsabilidad civil⁴¹, lo cual es empíricamente concordante con la sucesión de los hechos; a diferencia de lo que sucede con la teoría de la culpa, donde el daño pasa a una segunda línea y la culpa adquiere toda significación, a tal punto que, sin su demostración, no hay obligación de resarcir el daño que efectivamente se ha producido. Al respecto, refiriéndose a la teoría de la culpa, el doctor Sarmiento acertadamente expone:

[...] nada más ajeno a la realidad que esta concepción y nada más injusto y desestabilizador del orden social, que condicionar la obligación de indemnizar los daños, cada vez más frecuentes y voluminosos en nuestro mundo altamente tecnificado e industrial a consideraciones estrictamente subjetivas, por esta razón la teoría del riesgo reacciona desplazando el estudio y el análisis de la responsabilidad civil del campo subjetivo donde la tenía sumida la noción de culpa, al campo objetivo, colocando al daño como causa única y primaria de la obligación de indemnizar [...]

1. Los riesgos

La concepción de la teoría del riesgo lleva, necesariamente, al estudio de las diferentes variantes que sobre ésta han expuesto la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, en particular las siguientes⁴²:

40. Al respecto véase: SARMIENTO GARCIA, Manuel. *Op. cit.* p. 182.

41. Definición de responsabilidad civil: [...] es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con su conducta ilícita ha producido a terceros. [...] ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasi contractuales, el delito, el cuasi delito, o la violación del deber general de prudencia (JARAMILLO TAMAYO, Javier (1999). *De la responsabilidad civil*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis. p. 12.

42. SARMIENTO GARCIA, Manuel. *Op. cit.* pp. 183 a 186.

- Riesgo provecho.
- Riesgo creado.
- Riesgo profesional.

a. Riesgo provecho

Esta tesis cuantifica la obligación de resarcir, con fundamento en el beneficio obtenido del daño causado, estableciendo una relación directamente proporcional entre el beneficio y el daño. “[...] si una persona ejerce una actividad que le reporta beneficios económicos, debe indemnizar todos los perjuicios que sean consecuencia de es actividad [...]”⁴³.

b. Riesgo creado

La responsabilidad, en esta tesis, recae en quien desarrolla una actividad que crea riesgos. El profesor Antonio Rocha⁴⁴ explica este riesgo de la siguiente manera: “[...] toda actividad que crea para otro un riesgo hace a su autor responsable del daño que pueda causar sin que haya lugar a investigar si hubo culpa o no de su parte”.

c. Riesgo profesional

La legislación francesa consagró este tipo de riesgo como el fundamento indemnizatorio del accidente de trabajo, razón por al cual este riesgo se circunscribe a los daños soportados por el trabajador. Sin embargo, este riesgo connota la calidad de *profesional*, por lo cual su órbita, hoy día, no puede reducirse a las relaciones laborales, debe, entonces, aplicarse a todas aquellas actividades profesionales como una subespecie del riesgo provecho con una condición adicional: su carácter especializado y técnico. De esta suerte, todo aquel que ejerza una actividad profesional y que reporte un provecho de la misma, deberá resarcir los perjuicios que el ejercicio de esa actividad ocasione a terceros.

43. El doctor Sarmiento sostiene que la teoría del riesgo provecho tiene aplicación en todas aquellas actividades económicas que reportan un beneficio y, no sólo, como sostiene los defensores de la teoría de la culpa, aplicable a la responsabilidad por accidentes de trabajo (SARMIENTO GARCIA, Manuel. *Op. cit.* p. 183.

44. Citado por el doctor SARMIENTO GARCIA, Manuel. *Op. cit.* p. 185.

En materia de medios de pago e intercambio de bienes por medios telemáticos, no existe una regulación expresa en relación con el sujeto que debe soportar el riesgo, sin embargo, las tesis del riesgo, anteriormente expuestas, tienen plena aplicación sin perjuicio de la inminente necesidad de establecer, en el ordenamiento legal, una regulación específica para este tipo de negocios jurídicos.

En el ámbito de las transacciones por medios electrónicos, como se mencionó, deben forjarse normas claras y equitativas en cuanto a la asunción de riesgos. Los prestadores del servicio (organismos dedicados a la seguridad de redes, emisores de medios de pago —entidades bancarias, dueños de la marca, etcétera—, entidades de certificación, establecimientos de comercio, entre otros), deben ser los llamados, en primera instancia, a asumir los riesgos derivados de las transacciones electrónicas. Aunque la celebración de contratos por vía electrónica encuentra apoyo en la normatividad aplicable al contrato en particular que se celebre, los daños ciertos, efectivamente causados, deben seguir el lineamiento de las diferentes tesis del riesgo. Adicionalmente, debe regularse la responsabilidad por la pérdida de información —claves privadas, números de cuentas, números de tarjetas crédito y / o débito, etcétera—, así como por los fraudes derivados de la pérdida de esa información. Este tipo de responsabilidad debe ser necesariamente contractual y fundamentarse en la inobservancia o fallas de los requisitos mínimos de seguridad que, a su vez, conciernen establecer al legislador o al organismo de control y vigilancia. Las cláusulas contractuales de responsabilidad deben tener en cuenta el grado de profesionalidad del prestador del servicio —tesis tradicionales del riesgo⁴⁵— y la calidad de prestador de servicios públicos, en el caso de las entidades bancarias.

Entremos, entonces, a examinar los *riesgos* a los que está expuesta una transacción comercial por medios electrónicos, circunscrita a la internet. La pregunta necesaria es: ¿a qué riesgos está expuesto el denominado internauta al conectarse a la red? Primero hay que precisar que los riesgos a los que se encuentran expuestos los medios de pago y que fueron mencionados al hablar de las tarjetas débito y crédito, son riesgos de carácter especial, que aplican para cada uno de esos medios en particular. Sin embargo, toda transacción a través de redes de transmisión de

45. En el literal B (Medios de pago) se analiza más detalladamente el tema de la responsabilidad de las empresas que prestan servicios a través de la internet.

información se encuentra expuesta a peligros que pueden denominarse de carácter general, los cuales se enunciarán a continuación, no sin antes precisar que no existen sistemas invulnerables; premisa de la cual debe partir toda teoría que sobre riesgo informático se plantee.

Cuando un cliente, usuario o consumidor se conecta a través de su network⁴⁶ a la internet, está corriendo varios riesgos, entre los cuales pueden mencionarse los siguientes:

1. Se crean vías de acceso para los miles de virus⁴⁷ que se encuentran en la red.
2. Cuando un virus penetra un sistema puede afectar todos los archivos de las unidades de disco duros y programas en general, dañándolos y afectando su funcionamiento, lo que genera pérdida de tiempo, de dinero y en el peor de los casos el daño total del equipo.
3. La información que se almacena en el computador también se expone y puede llegar a ser conocida, borrada o modificada.
4. Para una empresa puede significar la pérdida de reputación, la parálisis de actividades, pérdida de información reservada, etcétera, con las implicaciones económicas que ello conlleva.
5. La información que se transmite puede ser interceptada, modificada o alterada.

Las amenazas a la seguridad digital son de diversa índole, sin embargo, pueden agruparse en cuatro categorías⁴⁸:

46. Sistema operativo utilizado para la interconexión de redes.

47. Los **virus** son programas informáticos que se activan cuando un archivo es ejecutado, es decir, sólo afectan a aquellos archivos con la extensión .exe, .com, .bat y .sys de los sistemas operativos de MS-DOS/Windows. Los virus tienen gran capacidad de clonación lo cual genera su expansión exponencial afectando en poco tiempo todos los programas. Los e-mails son la entrada más común de los virus. La aparición de los primeros virus se remonta a 1986. Los disquetes, fueron el punto de partida, el sector *boot* (es el maletero de un disquete, es decir, el sitio que permite el almacenamiento de datos), contiene un código ejecutable, cada vez que se reinicia el computador con el disquete inserto en la unidad A, el código reproduce el programa y guarda una copia en la memoria residente del computador, es decir, en el disco duro. Así mismo, se podía instalar una copia del programa en cualquier disquete, accesible desde cualquier dispositivo. A este fenómeno le dieron el nombre de *virus*, por su similitud de reproducción con los virus biológicos. En el 2004, el virus *Mydoom* se convirtió en el mayor virus informático de la historia por su amplia difusión: infectó más de 100 millones de mensajes electrónicos. Este virus bautizado *Mydomm* o *Novarg* actúa como un *gusano*. Se ha difundido a través de Kazaa, programa en red que permite intercambiar música, videos, juegos, etcétera

48. Las tres categorías que se mencionan son expuestas por ROBERT D. Austin y DARBY Crhristopher A.R. en el artículo *El mito de los sistemas de it seguros*. *Harvard Business Review*. Junio de 2003.

- *Ataques de red*⁴⁹: son aquellos que se efectúan a través de la internet. Ocasionan un lento desempeño en el sistema operativo de cada uno de los computadores de la empresa, afectan el correo electrónico y las redes internas, sin que necesariamente se afecten o dañen los sistemas operativos. Un ejemplo de este tipo de ataques es el DOS —*Denial of Service*—, que consiste en remitir una gran cantidad de correos electrónicos que producen el agotamiento de los sistemas. “En febrero de 2000, los ataques DOS que se dirigieron contra blancos de alto perfil tales como Yahoo, eBay, CNN y el FBI, causaron daños por más de US\$100 millones”⁵⁰.
- *Las infiltraciones*: se dirigen al interior de los sistemas operativos. El *modus operandi* consiste en descifrar las contraseñas de los usuarios para acceder al escritorio del computador, donde se podrá acceder a cualquier sistema operativo e incluso a los demás equipos que se encuentren conectados a través de la red interna, que en la gran mayoría se divide por áreas. En este aspecto, es importante que las claves que se utilicen no sean: nombre, apellido, dirección, teléfono, fecha cumpleaños, etcétera, lo cual genera una exposición mayor del sistema. Es claro que no existe conciencia sobre la vulnerabilidad de los sistemas, y mayor aún sobre el grado de compromiso que deben tener cada uno de los empleados para reducir al mínimo los ataques de red y las infiltraciones.
- *El código maligno*: abarca los virus y los gusanos⁵¹.
- *La interceptación*⁵², *alteración o modificación o suplantación de datos*: esta modalidad abarca especialmente a las bases de datos de las empresas, a las páginas web y a la transmisión de información a través de redes telemáticas,

49. Otras formas de ataques son los gusanos, los caballos de Troya, las bombas de relojería, la introducción de datos falsos y la técnica de Salami. Para ampliar el tema consúltese: FONT, Andrés ((2002). *Seguridad y certificación en el comercio electrónico*. Madrid: Editorial Fundación Retevisión.

50. AUSTIN, Robert D. y DARBY, Crhristopher. *Op. cit.* p. 89.

51. Los gusanos están diseñados para infiltrarse en los programas de tratamiento de texto y destruir la información, a diferencia de los virus, no poseen la capacidad de reproducirse, lo que los hace fáciles de destruir.

52. Actualmente, una de las modalidades de interceptación más común es el denominado *Phishing* (pesca de información) cuyo *modus operandi* consiste en el envío de correos electrónicos atractivos para el usuario, suplantando marcas conocidas (bancos, compañías de tarjetas de crédito, establecimientos de comercio, etcétera), con el fin de conseguir que los usuarios divulguen información personal y financiera, para ser utilizados, naturalmente, fraudulentamente.

amenaza a la que se encuentran expuestos los medios de pago. Cada vez que se envían números de cuentas, de tarjetas, claves privadas, etcétera, independientemente de que la información viaje encriptada es susceptible de ser interceptada y utilizada fraudulentamente.

A través de una encuesta del Instituto Gartner⁵³ se revela que el 5,2% de los consumidores *on-line* en Estados Unidos fueron víctimas de algún fraude al realizar sus compras a través de internet y por medio de su tarjeta de crédito durante el pasado año.

Quizás este porcentaje (5,2%) puede parecer una cifra relativamente baja, pero si se compara con los fraudes que se cometieron durante el mismo período en el comercio tradicional, los fraudes efectuados *on-line* son 19 veces más altos, cuyas pérdidas ascienden a US\$700 millones anualmente.

Los fraudes con tarjeta débito y crédito entre enero y junio del presente año, registraron montos por \$3.129 millones, de los cuales \$1.573 millones correspondieron a operaciones ejecutadas con tarjetas del sistema Diners, Credencial y Credibanco; el saldo restante fue reportado por el sistema Redeban - Multicolor.

Una encuesta realizada por los analistas de Gartner estima que aproximadamente 30 millones de usuarios de la web han sido objeto de ataques *Phishing* (pesca de información).

Bogotá se constituye en la ciudad con más alto índice de fraudes, seguido por Medellín, Cali y Barranquilla.

Las modalidades más frecuentes son la alteración de la banda magnética, más conocida como *clonación de tarjeta*, seguido por los fraudes en internet. Ante la inminencia de los fraudes, se han desarrollado mecanismos y planes pilotos, como la implementación de chips en los plásticos⁵⁴, entre otros.

53. www.etek.gartner.com.

54. La República, viernes 3 de septiembre de 2004.

El aumento en los fraudes bancarios a través de la internet se debe, en gran parte, al sorprendente aumento del número de transacciones realizadas *on – line*, las cuales ascendieron en el 2003 a valores superiores a los \$20.000 millones, según cifras reportadas por la Asociación Bancaria, lo cual, sumado a una falta de regulación especial, hace el sistema aún más vulnerable.

Según Gartner⁵⁵, en el 2003, en Estados Unidos se detectaron 57 millones de transacciones fraudulentas con un total aproximado en pérdidas de US\$1.200 millones. El Departamento de Justicia de EE.UU. indicó que durante el mismo período —enero 2003 a diciembre 2003—, se detectaron 125.000 víctimas con pérdidas estimadas en US\$100 millones⁵⁶.

El comercio electrónico y, en particular, los pagos a través de la internet plantean un sinfín de nuevas dificultades, para el legislador, los emisores de medios de pago, los establecimientos de comercio y los usuarios. Resulta paradójico pensar que algunas transacciones efectuadas a través de redes telemáticas requieran, para perfeccionarse, que el pago se haga con dinero en efectivo, de suerte que los pagos, necesariamente para el desarrollo del sistema, deberán efectuarse con medios electrónicos a través de la internet. En la actualidad, los medios más comunes que se utilizan para realizar los pagos a través de la red son: cajeros electrónicos, dinero electrónico, tarjetas inteligentes, cheques electrónicos y tarjetas de crédito.

2. La seguridad

La seguridad puede enfocarse desde varios escenarios. El jurídico, entendido como la cualidad del ordenamiento jurídico que envuelve, entre otras, la certeza de sus normas y la no ambigüedad de sus significados y, consecuentemente, la fácil aplicación. El social, que implica dos ámbitos: público o privado; en el primero interviene la organización estatal, que dedica sus esfuerzos a evitar la violencia, el

55. La República, lunes 6 de septiembre de 2004.

56. Es importante destacar la labor que viene desarrollando, en este tipo de fraudes, el equipo de investigadores del Área de Delitos Informáticos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, cuya vigilancia y colaboración está contribuyendo significativamente en el entendimiento de este tipo de delitos. De suerte que resulta trascendental promover la colaboración entre los distintos entes gubernamentales, para hacerle frente a este “nuevo” tipo de inseguridad que ya empieza a dejar estragos y pérdidas significativas que merecen atención especial.

terrorismo, a atender necesidades económicas y sanitarias, con miras a mejorar la calidad de vida de sus asociados y proveer un orden social revestido de legitimidad. El segundo se divide en el empresarial o de las personas jurídicas y el familiar, o de las personas naturales; el primero dedica sus esfuerzos en dispositivos de seguridad: empresas de vigilancia, cámaras de seguridad, puertas de acceso restringidas, capacitación en prevención de riesgos catastróficos de carácter natural, seguridad computacional: claves, cortafuegos, restricciones, etcétera; el segundo consiste en la implementación de mecanismos domésticos con apoyo estatal, para evitar daños a los miembros del grupo familiar y sus bienes: cerraduras de seguridad, cinturón de seguridad, rutas alternas con el fin de evitar persecuciones; a nivel computacional, antivirus, claves, etcétera. El presente estudio refiere la seguridad de los sistemas operativos de los computadores, que hoy es una preocupación del sector público o estatal y del privado o empresarial y/o familiar.

La seguridad genera confianza, y precisamente este aspecto debe desarrollarse para lograr la masificación de los medios de pago inteligentes.

La confianza es el elemento esencial de toda relación jurídico/comercial, de suerte que ha desempeñado un papel fundamental en la historia mercantil, política, militar y espiritual de la humanidad.

Puede afirmarse, sin ninguna duda, que la solidez de cualquier relación o proceso comercial ha sido el resultado del equilibrio siempre inestable, en el entorno de medios de pago, de tres elementos: (i) la seguridad jurídica del contexto en donde se realiza; (ii) el nivel de riesgo que se está dispuesto a asumir; (iii) la confianza existente entre las partes que intervienen en la transacción.

La Corte Constitucional en *Sentencia C- 662 de 2000*⁵⁷ se expresó así de la confianza en el comercio electrónico:

[...] la confianza es la variable crítica para incentivar el desarrollo progresivo de las vías electrónicas de comuni-

57. CORTE CONSTITUCIONAL (2000). *Sentencia C - 662. Expediente D-2693*. Magistrado ponente: doctor Fabio Morón Díaz. Bogotá.

cación conocidas como correo electrónico y comercio electrónico, pues es el elemento que permite acreditarlos como un medio seguro, confiable y, de consiguiente, apto para facilitar las relaciones entre los coasociados.

Ahora bien, las herramientas de seguridad que se ofrecen en el mercado son diversas. La seguridad informática tiene diferentes campos de acción, entre los cuales pueden mencionarse a modo de ejemplo los siguientes: claves de acceso a los diferentes software del sistema operativo, mecanismos de seguridad para el intercambio de información a través de las diferentes redes⁵⁸ de comunicación, acceso restringido a la información de bases de datos, etcétera.

La movilidad⁵⁹ es uno de los aspectos de más relevancia y utilidad en cuanto a redes; sin embargo, esa movilidad representa un riesgo significativo en la medida que implica la posibilidad de que la información que viaja a través de la red sea interceptada y utilizada de modo fraudulento. Un ejemplo extremo pero muy gráfico sería: redes de transporte de crudo (petróleo), estos sistemas de transporte permiten la distribución de crudo a través de oleoductos —tubos de acero que recorren el país hasta las refinerías o puertos—, para su procesamiento o exportación. Durante este recorrido, ocurren innumerables siniestros: bombas en las redes de distribución para colapsar la estructura, robo de la materia prima para uso personal o con fines comerciales, etcétera. Esto mismo pasa con la información que viaja a través de las redes de comunicación informática, puede ser interceptada y usada fraudulentamente. Para prevenir estos ataques hay que identificar los puntos más vulnerables y reforzar la seguridad.

Por su parte, la seguridad, como se mencionó, tiene diversos campos de acción, entre los cuales pueden mencionarse tres órbitas clave que deben ser tenidas en cuenta para crear ambientes seguros en línea para la seguridad de las empresas en sus actividades en línea⁶⁰:

58. La red puede definirse como la conexión de computadoras para compartir recursos e intercambiar información. Una red de computadores permite que los nodos puedan comunicarse uno con otro. Los nodos son hardware como impresoras, fax, sistemas operativos, etcétera

59. La movilidad en este contexto debe ser entendida como la facilidad —cantidad y rapidez—, de transmisión de información.

60. Al respecto véase: FONT, *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

- Información
 - Actividad
 - Acceso
-
- La *información* es definitivamente uno de los aspectos más relevantes y de mayor importancia en el mundo, a nivel privado y público. Hoy día, la gran mayoría, por no decir la totalidad de las empresas manejan sus negocios a través de sistemas de computación. Perder la información o perder control sobre la información y que ésta sea conocida por la competencia, genera pérdidas inimaginables. Razón por la cual, deben desarrollarse e implementarse mecanismos que protejan la información. Igualmente es necesario tomar medidas de prevención como reducir el flujo innecesario de información así como las fugas y pérdida de la misma. Para llevar a buen término estas intenciones debe capacitarse a los empleados en el buen uso de los sistemas.
 - Dependiendo del tipo de *actividad* que se desarrolle, se generan diversos niveles de riesgo. La primera fase para prevenir los riesgos consiste en identificarlos. Una vez identificados deben implementarse las medidas necesarias de prevención que impidan que el riesgo se ejecute. De esta suerte, el acceso a internet en una empresa debe estar regulado y controlado por departamentos, luego por actividades de trabajo, y finalmente por cargos. El sistema operativo de acceso a internet debe poseer niveles de acceso a la red, así como contar con contraseñas personales de acceso.
 - El *acceso* se refiere a la autenticación de la persona que ingrese al network. Consiste, entonces, en que sólo quien está autorizado podrá penetrar en el sistema operativo.

Los empresarios, y en general los internautas, deben adoptar medidas de seguridad que reduzcan los riesgos y hagan de su sistema operativo un sistema confiable.

Existen diversos mecanismos de seguridad, pero básicamente se distinguen dos tipos: *de tránsito* y *de usuario*:

- *Seguridad de tránsito*. La seguridad de tránsito regula el flujo de información en la red. La función más importante de este nivel de seguridad es detener a

los atacantes externos para que no penetren la red interna. La seguridad de tránsito cumple la función de alarma, avisa a los operadores y técnicos de la red, cuando hay algo fuera de lo común a nivel de aplicaciones. Este tipo de seguridad se ubica en el fondo de la red, es decir, son sistemas operativos de software o hardware como por ejemplo los *Proxy Server*⁶¹, los *Pocket filtering*⁶² o los *Firewalls*⁶³ (cortafuegos).

- *Seguridad de usuario.* Este tipo de seguridad utiliza un software que obliga al usuario a identificarse para poder acceder a los diferentes programas operativos del computador. El ejemplo más conocido de este tipo de seguridad son las claves.

La seguridad de usuario brinda la posibilidad de establecer niveles de acceso, limitando el campo operativo del usuario, a través de claves. Este tipo de seguridad es conocida como *sistema de autenticación, autorización y contabilidad*. La *autenticación* permite identificar al usuario. La *autorización* es la lista de permisos y de accesos a que tiene derecho ese usuario que ha sido previamente identificado. La *contabilidad* es la parte que lleva los registros de la seguridad del usuario. Se siguen los pasos del usuario durante su estadía en la red lo que le permite al empleador saber en qué gasta el tiempo su trabajador.

En el cuadro 6.2 indica los mecanismos de seguridad más utilizados en la actualidad y que se prevé serán utilizados en el futuro.

61. Es un sistema de bloqueo que controla la entrada de los virus en el sistema operativo haciendo las veces de intermediario entre las peticiones que se realicen desde el network hacia la internet. Una vez reconocida la petición, y si el programa acepta la petición se establece la transmisión y se hace efectiva la petición.

62. Este es un sistema de filtros que analiza los *packets* (unidad de comunicación fundamental de comunicación en internet).

63. A través de programas de software y hardware se crea un sistema de puertas que controlan la entrada y salida de información al network. Existen cuatro tipos de cortafuegos: Guardafuego filtro de paquetes, Guardafuegos para el nivel de circuitos, Guardafuegos de la capa de aplicación y Filtros dinámicos de paquetes. Para ampliar este tema consúltese: ELSENPETER, Robert. VELTE, Joby (2002). *Fundamentos de comercio electrónico*. Estados Unidos: MC Graw Hill.

Cuadro 6.2

MECANISMOS DE SEGURIDAD MÁS UTILIZADOS

Actualidad		Futuro	
Otros	2%	Tokens	2%
Tarjetas Inteligentes	4%	Otros	20%
Tokens	8%	Contraseñas	26%
Contraseñas	86%	Certificados	52%

Fuente: Forrester Research

La transmisión de información a través de redes telemáticas y en general el comercio electrónico, como se ha repetido intensamente, se encuentra expuesto a diversos riesgos, pero a su vez existen, como se vislumbró, diversos medios que contrarrestan esos ataques. Una de las herramientas más significativas hoy día son los certificados digitales⁶⁴, que emiten las entidades de certificación⁶⁵, así como los protocolos de seguridad. La primera de ellas —certificados digitales—, será objeto de breves comentarios en la parte correspondiente a la responsabilidad y, la segunda —protocolos de seguridad—, analiza a continuación, dada su importancia y su implementación por la gran mayoría de entidades financieras de nuestro país.

D. Protocolos de seguridad

Los protocolos⁶⁶ de comunicaciones son principalmente software, pero pueden llegar a formar parte de un hardware, cuya función principal es controlar la comunicación entre dos networks. Con el fin de permitir la comunicación entre

64. La palabra certificado, de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* es la carta o paquete que se certifica. En términos jurídicos la certificación implica que ese documento está avalado por el emisor.

65. Las entidades de certificación son personas jurídicas, publicas o privadas, nacionales o extranjeras, que autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio emiten certificados digitales en relación con firmas digitales, que garantizan la fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad de un mensaje de datos, proporcionando seguridad jurídica a través una infraestructura de clave pública.

66. Para ampliar este tema consúltese a DÍAZ GARCÍA, Alexander (2002). *DERECHO INFORMÁTICO*. Bogotá: Editorial Leyer. p. 61.

networks de diferentes fabricantes, los protocolos deben cumplir ciertos estándares, convenciones y reglas.

El protocolo que permite el funcionamiento de internet es el Hyper Text Transfer Protocol (http), el cual mantiene la interconexión en un mismo contenido de una página web de manera no lineal.

Otro protocolo⁶⁷ es LAN (Local Area Network - Red de Área Local) o WAN (Wide Area Network - Red de Área Amplia). El protocolo TCP⁶⁸ divide y agrupa la información en bytes⁶⁹ y el IP se encarga de la transmisión de la información.

Ahora bien, dada la importancia y el flujo de transmisión de información a través de las redes de información, se vio la necesidad de utilizar protocolos para garantizar la seguridad del tráfico de los mensajes de datos por redes. Así, Netscape Communications Corporation desarrolló el protocolo *Secure Electronic Transaction* el cual puede enmarcarse dentro del protocolo OSI⁷⁰ y el nivel TCP/IP.

1. Protocolo Secure Electronic Transaction, SET

Este protocolo proporciona sus servicios de seguridad cifrando los datos intercambiados entre el servidor y el cliente con un algoritmo de cifrado simétrico⁷¹.

67. Otros protocolos de gran importancia son:

- ARP (Protocolo de resolución de direcciones).
- RARP (Protocolo de resolución de direcciones inversas).
- UDP (Protocolo de datagrama para usuario).
- FTP (Protocolo de transferencia para archivos).
- RIP (Protocolo para encaminamiento de la información).
- DNS: (Sistema de nombre de dominio).
- EGP (Protocolo de compuerta (gateway) exterior).
- GGP (Protocolo de compuerta a compuerta).
- SMTP (Protocolo de transferencia simple de correo).

68. Los protocolos TCP e IP fueron creados por Vinton Cerf y Rober Hahn. Al respecto puede consultarse: DÍAZ GARCÍA. *Op. cit.* p. 66.

69. Los bits pueden definirse como la unidad mínima de información. Toda la información que manipula y guarda un computador está codificada en bits.

70. OSI: Open System Interconnection model. Este protocolo permite la comunicación entre los diferentes nodos.

71. El sistema simétrico de encriptación consiste en la existencia de una sola clave que es utilizada por el remitente y el receptor. Esta clave se utiliza para encriptar y desencriptar o descifrar el mensaje. Este sistema se denomina "de clave compartida".

La clave de sesión se utiliza para cifrar los datos que vienen desde el servidor seguro y regresan al servidor seguro. Se genera una clave de sesión distinta para cada transacción, lo cual permite que aunque sea interceptada por un atacante, no sirva para descifrar futuras transacciones. Proporciona, además, cifrado de datos, autenticación de servidores, integridad de mensajes y, opcionalmente, autenticación de cliente para conexiones TCP/IP⁷².

El protocolo Secure Electronic Transaction intenta superar cinco grandes desafíos⁷³:

- a. Garantizar que la información no sea interceptada, alterada o modificada, lo cual se logra con la encriptación de los mensajes.
- b. Asegurar la integridad de todos los datos transmitidos, a través de la firma digital.
- c. Verificar que el titular de la tarjeta de crédito sea el usuario legítimo del medio de pago, lo cual no es posible con el protocolo SSL.
- d. Garantizar la autenticidad del comerciante para que pueda aceptar pagos con tarjetas bancarias a través de una institución financiera.

2. Protocolo Secure Socket Layer

Este protocolo es el más utilizado y de mayor difusión. Existen varias clases de protocolos SSL, como SSL Handshake y el SSL Record, que se explican a continuación:

- *SSL Handshake funciona de la siguiente manera:*
 - **Primera etapa:** se concierta sobre los algoritmos y sus especificaciones.
 - **Segunda etapa:** intercambio de claves, pública y privada.
 - **Tercera etapa:** producción de clave de sesión, que será la usada para cifrar los datos intercambiados.

72. Al respecto puede consultar la página web: http://www.htmlweb.net/seguridad/ssl/ssl_10.html.

73. Al respecto puede consultar la página web: <http://www.monografias.com/trabajos14/comerc-electronico/comerc-electronico.shtml>.

- **Cuarta etapa:** Verificación del servidor, presente sólo cuando se usa un protocolo RSA como algoritmo de intercambio de claves, y sirve para que el cliente autentique al servidor.
 - **Quinta Etapa:** Autenticación del cliente, en la que el servidor solicita al cliente un certificado digital, si es necesaria la autenticación de cliente.
 - **Sexta etapa:** Por último, la fase de **fin**, que indica que ya se puede comenzar la sesión segura.
-
- *El Protocolo SSL Record:*

Este protocolo especifica la forma de encapsular los datos transmitidos y recibidos. La porción de datos del protocolo tiene tres componentes:

- **MAC-DATA:** el código de autenticación del mensaje.
- **ACTUAL-DATA:** los datos de aplicación para transmitir.
- **PADDING-DATA:** los datos requeridos para rellenar el mensaje cuando se usa cifrado en bloque.

El protocolo de seguridad Secure Socket Layer, SSL, no ofrece las garantías que permitan identificar al usuario, salvo, cuando se utiliza, como se mencionó, un certificado digital emitido por una entidad de certificación. La no identificación se traduce en la facultad de repudio de la transacción por el cliente, es decir, la posibilidad del cliente de rechazar la autoría de la transacción al no tenerse la certeza sobre la identidad del iniciador del mensaje de conformidad con la Ley 527 de 1999 y el Decreto 1747 de 2000.

De acuerdo con lo anterior, resulta necesario precisar que según lo establece la Ley 527 de 1999, los mensajes de datos⁷⁴: (transmisión de claves, números de cuentas, números de identificación personal, etcétera), se entenderán que provienen del iniciador del mensaje, cuando se tenga la certeza sobre:

74. Artículo 2º, Ley 527 de 1999. A. Mensajes de datos: la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, EDI, internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefáx.

1. Que el mensaje lo envió el propio iniciador del mensaje, lo cual, como se vio, no es posible a través del protocolo SSL.
2. Que el mensaje sea remitido por una tercera persona facultada expresamente en nombre del iniciador para enviar dicho mensaje.
3. Que el mensaje de datos sea remitido a través de un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

Ahora bien, no tener la certeza sobre el autor o iniciador del mensaje equivale, entonces, como se expresó, a la posibilidad de repudiar esa transmisión de datos y, procesalmente hablando, a tener un mensaje o documento no auténtico, y por lo mismo, poder tacharlo de falso, impidiendo, entonces, su nacimiento en el orbe jurídico.

De conformidad con lo anterior, el repudio de la transacción implica en la práctica que el consumidor que paga con tarjeta puede negar la compra del producto y el emisor del medio de pago estará obligado a devolver el dinero. Así, por ejemplo, se encuentra establecido en la legislación argentina: artículo 46. Pago mediante tarjeta de crédito. Capítulo II. Venta a distancia. Título III. Ventas especiales de la Ley del Comercio Minorista L7/96 de 15 de enero.

A pesar de la seguridad en la comunicación —encriptación—, la utilización de este protocolo de comunicación en el pago de los productos y servicios podría producir desconfianza en el cliente, ya que potencialmente el vendedor puede realizar cualquier tipo de fraude con total impunidad al poseer su número de tarjeta y no quedar garantizada la integridad del documento de pago.

Ahora bien, los servidores seguros SSL pueden identificarse porque en la esquina inferior izquierda del navegador (en el caso de Netscape) cambia de un candado abierto a uno cerrado y además en la URL o *location* cambia de `http://` a `https://` (Hypertext Transport Protocol Secure).

El método de asignación de claves para identificar al usuario a través de la transmisión de éstas por medios telemáticos, no suple la falencia del protocolo SSL, en cuanto a la individualización del iniciador del mensaje, toda vez que las claves pueden ser interceptadas por terceros malintencionados, en cualquier punto de la conexión, por diversas causas de índole técnica, sin que haya mediado en dicho hurto de claves la participación negligente, descuidada o fraudulenta del tarjetahabiente.

Existen diversos certificados, como el certificado de *identificación* y el certificado de *autorización*, que permiten establecer de manera cierta y precisa la identidad del emisor o iniciador del mensaje de datos. Estos certificados están, necesariamente, asociados a firmas digitales, es decir, éstas, en entornos telemáticos, como la transmisión de mensajes de datos (claves, número de cuentas, etcétera), son la única herramienta que permite, hoy día, conocer a plenitud la identidad del iniciador del mensaje de datos. Técnicamente, una firma digital es un mecanismo de clave pública que vincula la identidad de una parte (en una relación o transacción) a un determinado mensaje. De forma similar como una firma escrita vincula el documento firmado con el autor de la firma.

La falencia en los sistemas de seguridad puede darse, por ejemplo, cuando el iniciador del mensaje de datos, es decir, el tarjetahabiente, se conecta a la internet a través de un software conocido comúnmente como navegador o explorador, que no soporte el nivel de encriptación, es decir, que si la versión del internet Explorer o del Netscape Navigator utilizadas para el intercambio de claves con la entidad financiera, no es reciente —versión 6.0, o, 7.0— respectivamente, la información transmitida (claves, números de tarjetas débito o crédito etcétera), viajaría encriptada con una secuencia de bits que puede oscilar entre 60 y 96; secuencia que representa, ciertamente, un eminente riesgo para el titular del medio de pago.

Es muy importante tener presente las falencias de los protocolos en cuanto a la responsabilidad de los proveedores o prestadores de servicio se refiere, sobre todo si se tiene en cuenta la calidad de *prestador de servicio público*, lo que implica una mayor diligencia en cuanto al nivel de eficacia y eficiencia de los niveles de seguridad, de las entidades bancarias, como sujetos emisores de medios de pago.

E. Contratos

Primero hay que manifestar que los contratos que a continuación se estudian son aquellos que celebran los emisores de medios de pago con los establecimientos de comercio y con los titulares o tarjetahabientes.

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta que eventualmente pueden realizarse contratos de colocación de medios de pago a través de medios electrónicos, se hará una breve referencia a este tipo de contratos.

Así, el contrato electrónico o informático⁷⁵ es aquel que se celebra a través de medios informáticos, de cuyo perfeccionamiento se derivan los derechos y obligaciones propias de ese negocio. La UNCITRAL en el documento “Aspectos jurídicos del comercio electrónico” —XXXVIII período de sesiones (marzo de 2001)—, manifestó lo siguiente:

[...] la expresión “contratación electrónica” se ha utilizado para referirse a la formación de contratos por medio de comunicaciones electrónicas o mensajes de datos. Desde este punto de vista se considera como un método de formar contratos y no como un subconjunto basado en una materia especializada cualquiera [...]

Ahora bien, en el entorno de medios de pago se generan diversos tipos contractuales⁷⁶. Cada medio de pago establece una relación contractual de diferente índole. Como se anticipó, centraremos el estudio en los contratos que anteceden la expedición de un medio de pago, particularmente una tarjeta.

La tarjeta débito, como quedó anotado, nace de una relación contractual —contratos de cuenta corriente y/o contratos de cuenta de ahorro—, entre la entidad financiera y el cliente.

El contrato de cuenta corriente bancaria se encuentra regulado por los artículos 1382 a 1392 del Código de Comercio, y de manera especial por los artículos 10º literal (e), 98 numeral 4, y 125 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las disposiciones reglamentarias que sobre la materia ha expedido o llegare a expedir la Superintendencia Bancaria. Por su parte, los depósitos de ahorros están reglados por los artículos 126, 127 y 128 del referido estatuto, los artículos 1396, 1397 y 1398 del Código de Comercio y, así mismo, por las normativas expedidas por la Superintendencia Bancaria.

75. Para ampliar este tema consúltese: RODRÍGUEZ AZUERO, Libardo (2002). *Contratos bancarios*. Quinta edición. Bogotá: Legis S.A. pp. 250 a 262.

76. En el Código Civil se define el contrato de la siguiente manera: “[...] acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa [...]”. En el Código de Comercio se define el contrato de la siguiente manera: “[...] acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial [...]”.

Además, frente a la cuenta corriente bancaria y a la cuenta de ahorros es preciso recordar que de acuerdo con lo previsto por el artículo 822 del Código de Comercio, los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, se aplican a dicha clase de negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

En consonancia con lo anterior, los derechos y obligaciones que estipulen las partes en desarrollo del contrato de cuenta corriente bancaria o de ahorro en cualquiera de sus modalidades deben sujetarse en lo pertinente a la normatividad civil, comercial y financiera.

Igualmente, es necesario recordar que los reglamentos de cuenta de ahorro siempre requieren ser aprobados previamente por la Superintendencia Bancaria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127, numeral 5, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En el contrato de depósito, la transmisión de la propiedad del dinero a favor del establecimiento de crédito opera *ipso iure*. Así, el derecho de propiedad del depositante se manifiesta en un derecho de crédito contra la entidad financiera, por lo que se entiende que la entidad crediticia respectiva es deudora de las sumas de dinero depositadas, comprometiéndose a restituirlas en los términos convenidos⁷⁷.

Por su parte, en la expedición de la tarjeta de crédito surgen diversas relaciones que a continuación se exponen. Éstas aplican, de igual forma, con especificaciones técnicas particulares, para las tarjetas inteligentes:

- Entre el dueño de la marca y el titular de la marca.
- Entre el banco emisor y el titular.
- Entre el banco emisor y el comercio.
- Entre banco adquirente y el comercio.

77. Al respecto puede consultarse el Concepto 98019919-1 de 1998 de la Superintendencia Bancaria.

1. Contrato dueño de la marca - titular de la marca

En el sistema de medios de pago, la relación entre el dueño de la marca y el titular de la marca —licenciatario o franquiciado—, es necesariamente la primera fase contractual que debe gestarse para dar inicio a los pagos a través de tarjetas. Ergo, la colocación de tarjetas y la afiliación de establecimientos de comercio es el paso para seguir. Cuanto más establecimientos de comercio afiliados y tasas de financiación bajas, más atractivo resulta el medio de pago para el usuario; cuanto más usuarios, mayor rentabilidad por comisiones de intermediación para la entidad bancaria o para la sociedad que actúe bajo este sistema.

Las sociedades dueñas de las marcas celebran un contrato de licencia⁷⁸ o de franquicia con los bancos, para que éstos puedan, entonces, emitir plásticos, promocionar las marcas, hacer ofertas, afiliar establecimientos de comercio, etcétera⁷⁹.

2 Contrato emisor – titular

Es importante destacar que las relaciones entre las partes se desarrolla en virtud de un contrato denominado comúnmente de adhesión, sin embargo, resulta necesario precisar que en la actualidad no existe un contrato como tal para este tipo de relación. Lo usual es un *Reglamento de uso* de la tarjeta, por virtud del cual se establecen las reglas generales, obligaciones y deberes.

Por virtud de este contrato, el titular de la tarjeta se obliga a reembolsar las cantidades de dinero pagadas por el emisor, así como los intereses y las comisiones en general establecidas por éste.

Son relaciones, como se anotó, atípicas, de adhesión, bilaterales, consensuales, onerosas y de tracto sucesivo.

78. En Colombia, las licencias de uso y transferencias de marcas, están reguladas por la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

79. Para ampliar este tema véase RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Op. cit.* p. 221.

La atipicidad consiste en la falta de regulación del legislador; sin embargo, existen diversas regulaciones relacionadas con los créditos que otorgan diversos gremios a través de tarjetas de crédito⁸⁰, así como normatividad destinada al estudio adecuado de la capacidad de endeudamiento y regulación en relación con los plazos máximos de financiación.

La adhesión consiste en la aceptación expresa del titular de las cláusulas que rigen el funcionamiento de la tarjeta, así como los derechos y obligaciones de las partes.

Las entidades financieras, justifican este proceder en la imposibilidad de negociar con cada cliente las condiciones generales del negocio, y es imperante, entonces, según este esquema, la necesidad de tener un sistema coherente de carácter general y de fácil implementación, lo cual es comprensible y aceptable. Las cláusulas contractuales analizadas desde la óptica de la practicidad, en un sentido amplio, son en su mayoría equitativas para las partes, sin embargo, la balanza se inclina siempre a favor de la entidad financiera. Como dice una colega: “Con cara gana la entidad y con sello pierde el cliente”.

Las cláusulas equitativas son usualmente de carácter general, relativas a la relación económica entre las partes, al funcionamiento del medio de pago, así como las referentes a la terminación del contrato; salvo, por supuesto, las relativas a la responsabilidad civil contractual, las cuales, según mi juicio, en su gran mayoría, son cláusulas abusivas que desconocen la teoría del riesgo profesional y generan un desequilibrio contractual evidente.

La bilateralidad consiste en que el contrato es celebrado entre dos o más personas, por virtud del cual nacen derechos y obligaciones para las partes, de carácter sinalagmático por la reciprocidad de esas obligaciones.

80. Algunos ejemplo de esta normatividad son:

- Resolución 16 de 1972 de la Junta Monetaria (Créditos otorgados por compañías de transporte aéreo o marítimo).
- Ley 11 de 1980 (con el fin de fomentar el desarrollo del sector agropecuario nacional y el bienestar del campesino colombiano, créase la tarjeta de crédito agropecuario).
- Carta Circular 5 de 1995 de la Superintendencia Bancaria.
- Circular Básica Jurídica 7 de 1996. Título segundo capítulo primero.
- Circular Externa 25 de 1998. Superintendencia Bancaria.
- Decreto 1664 de 1999 del Fondo Nacional del Ahorro.

La onerosidad es evidente, toda vez que la entidad se encuentra en todo su derecho legal y comercial de recibir una contraprestación por los servicios que les ofrece a sus clientes. Así, las comisiones bancarias encuentran su fundamento en los costos operativos y administrativos en que incurre el establecimiento para brindar los servicios originados en el contrato de apertura de crédito, como la emisión del plástico, los sistemas de computación y la producción de extractos. Resulta pertinente aclarar que ésta seguirá generándose mientras la tarjeta de crédito permanezca en poder del usuario⁸¹. De esta suerte, dentro de las obligaciones del tarjetahabiente se encuentra pagar al establecimiento bancario, en las condiciones fijadas en el contrato, no solamente el valor de los gastos efectuados con la tarjeta de crédito sino también los intereses corrientes y moratorios si a ello hay lugar, y la cuota de manejo respectiva; tales pagos deben efectuarse dentro de los plazos establecidos contractualmente⁸².

Es necesario tomar en cuenta que las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria tienen plena autonomía para fijar las tarifas que cobran por concepto de los servicios que prestan a sus clientes, como la cuota de manejo, y el juego de la libre competencia le permite al usuario escoger entre las diversas posibilidades del mercado financiero⁸³.

Ahora bien, resulta necesario precisar que si cliente no tiene la disponibilidad de la tarjeta respectiva, por cancelación, devolución o bloqueo, no habría lugar a cobros por tal concepto por falta de causa para esa erogación. No obstante, el tarjetahabiente quedará obligado al pago de los intereses a que haya lugar por razón del dinero efectivamente desembolsado con ocasión de las utilizaciones efectuadas y pendientes de pago. Así lo ha entendido la Superintendencia Bancaria mediante conceptos: 1998047930-2, de octubre 01 de 1998, 2002023505-1, de abril 25 de 2002, 2002021735-1, de mayo 07 de 2002 y 2003000256-1, de enero 30 de 2003.

81. Al respecto puede consultarse el Concepto 2000020376-1, de julio 12 de 2000. Superintendencia Bancaria de Colombia.

82. Así se regula en la Ley 45 de 1990, artículo 68. De igual forma lo ha entendido la Superintendencia Bancaria de Colombia. Concepto 20000003745-1, de marzo 2 de 2000.

83. Así lo ha expresado la Superintendencia Bancaria de Colombia en los conceptos 93036065 de fecha 14 octubre de 1993 y 98014397-2, de abril 17 de 1998.

Finalmente, en este tipo de contratos, en su gran mayoría, se establece que el emisor, generalmente una entidad financiera, se despoja de toda responsabilidad en las transacciones que se lleven a cabo por medios telemáticos mediante el uso de la clave secreta, trasladando, por supuesto, la carga del riesgo de la operación al cliente o consumidor, configurándose en una cláusula inequitativa y desventajosa, desconociendo, además, la teoría del riesgo profesional, ya mencionada en el presente escrito, e inmersa en la cultura jurídica desde la época el profesor francés Louis Josserand, y que recibió reconocimiento en nuestra legislación por la Corte Suprema de Justicia desde 1938, con ponencia del magistrado Juan Francisco Mujica, precisamente, tocando el tema de la responsabilidad profesional de los bancos⁸⁴. Resulta, entonces, que el usuario paga por un servicio que implica riesgos, de cuyo acaecimiento responde, en todos los casos, quien sufre el menoscabado patrimonial, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio en términos de responsabilidad del negocio o acto.

La relación contractual entre emisor y titular, en el caso de las tarjetas inteligentes, es similar al acuerdo de adhesión anteriormente señalado; no obstante, las cláusulas relativas a la responsabilidad, deberes y obligaciones en particular, en cuanto a su uso y medidas de prevención para evitar fraudes y robos, deben ser cuidadosamente determinadas, de modo que se adapten a las condiciones y realidad del mercado, de suerte que en la medida que su uso se vuelva común, deberá desarrollarse una normatividad especial.

3. Contrato emisor - establecimiento

Éste es un contrato atípico, de adhesión, bilateral, sinalagmático y oneroso. Por virtud de esta relación, el establecimiento de comercio se obliga a recibir como medio de pago las tarjetas y a pagar una comisión al emisor —dueño de la marca, licenciatario o franquiciado—, sin discriminar su uso ni trasladar al usuario el costo de la comisión. A su vez, el emisor se obliga a abonar al establecimiento afiliado el importe del valor de la compra efectuada con la tarjeta. El procedimiento de remuneración se da en un solo sentido. El tarjetahabiente utiliza el medio de pago

84 "Casación de 15 de julio de 1938". *G.J.T.* XLVII, N° 1940, p. 68.

en el establecimiento de comercio afiliado, quien solicita al emisor la autorización de la transacción que, a su vez, finalmente, autoriza o niega la operación. En caso de ser autorizada, el emisor transfiere el valor de la compra menos la comisión al establecimiento.

Ahora bien, como es bien sabido, el establecimiento de comercio genera dos documentos, la factura y el *voucher*. Este último es la prueba de la transacción frente al emisor y frente al titular del medio de pago, el cual debe contener todas las especificaciones de una factura y la firma del tarjetahabiente. Con el fin de garantizar la autenticidad de dicho documento —*voucher*—, la firma debe coincidir con la tarjeta de registro de firmas, que el cliente ha debido firmar al inicio del contrato. En la práctica, el establecimiento de comercio no tiene forma de comprobar la titularidad cierta del tenedor del medio de pago. Así mismo, el emisor sólo verifica la vigencia de la tarjeta y la disponibilidad de fondos, dejando a un lado el examen en cuanto a la identidad del comprador se refiere.

De conformidad con lo anterior, el establecimiento de comercio tiene la obligación de consignar en el banco emisor los *vouchers*. Así mismo, deberá indicar el número de autorización, en caso que ésta se haya dado por línea telefónica. Posteriormente, la entidad se encargará, diariamente, de remitir al centro de compensación que corresponda, un archivo magnético con el total de las transacciones, que serán pagadas, como se anotó, diariamente a través del sistema de compensación.

Con las tarjetas inteligentes, el *voucher* desaparecería, razón por la cual se limitaría aún más la verificación del titular del medio de pago, razón por la cual el sistema de bloqueos debe ser altamente eficiente.

F. La Responsabilidad de los emisores de medios de pago

La responsabilidad derivada de fraudes informáticos puede atribuírsele a cualquiera de las partes intervinientes: el emisor del medio de pago, el titular del medio de pago y el establecimiento de comercio. Para efectos del presente estudio, se analizará, únicamente, la responsabilidad del emisor y del titular.

Nos encontramos entonces dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual, lo cual significa que los perjuicios se causan por incumplimientos, por acción o por omisión, derivados de la relación contractual.

Cuando se está frente a un perjuicio derivado de un fraude electrónico en medios de pago, lo primero que debe hacerse es enmarcar el perjuicio dentro de uno de los tres tipos de relaciones contractuales que se involucran en esta clase de operaciones, de suerte que se logre determinar cuál de las partes ha incumplido el acuerdo contractual. Así, por ejemplo, cuando el establecimiento de comercio utiliza indebidamente los datos bancarios y personales de uno de sus clientes, la responsabilidad se deriva de la relación entre el titular de la tarjeta y el establecimiento de comercio, cuyo vínculo es, en la mayoría de las veces, un contrato de compraventa de bienes y / o servicios. La indemnización por el perjuicio causado debe ventilarse desde la órbita de la responsabilidad civil contractual, en primera instancia, salvo que el contrato no prevea dentro de sus cláusulas este tipo de perjuicios. Por el contrario, cuando el fraude se derive de una indebida autorización por el emisor del medio de pago, por ejemplo, la responsabilidad debe encuadrarse en la relación entre el emisor y el establecimiento de comercio. Con este breve preámbulo, entremos en la responsabilidad del emisor y posteriormente del titular del medio de pago.

1. Responsabilidad del emisor

La responsabilidad contractual en medios de pago, para efectos del presente estudio, se circunscribe a las entidades financieras en su calidad de emisores por excelencia de este tipo de medios, teniendo en cuenta, además, que su desarrollo, llámese tarjetas de crédito o tarjetas inteligentes, es posible en la medida que intervengan las entidades financieras y por excelencia las entidades bancarias.

Como primera medida, entonces, es importante partir de la base de la profesionalidad que cubre a la actividad bancaria. Por tanto el conjunto de obligaciones, funciones, cargas y deberes de éstas implican un mayor grado de cuidado, teniendo en cuenta su posición *fuerte* en la relación contractual con sus clientes usuarios o consumidores⁸⁵, lo cual se materializa a través de los llamados contratos de adhesión. Así, el especial conocimiento del servicio que suministran implica una mayor diligencia en

85. Resulta pertinente mencionar el famoso discurso del ex presidente J.F. Kennedy del 15 de marzo de 1962: “[...] al ciudadano no se le debe considerar únicamente en su faceta política, sino poniendo en relación todos aquellos aspectos sobre los que inciden sus intereses y se orientan sus actividades, entre las que cabe destacar la faceta consumista, que progresivamente ha ido adquiriendo una nueva dimensión [...]”.

la prestación del mismo. De modo que se parte de una relación entre desiguales — parte débil: cliente; parte fuerte: entidad—, sin perjuicio de las relaciones entre iguales, como entre dos entidades financieras. El desequilibrio contractual en este tipo de relaciones ha sido objeto de debate en la gran mayoría de legislaciones y, claro, no escapa su mención en el presente estudio.

Así mismo, es importante recalcar que de conformidad con el Decreto 1593 de 1959, artículo 1º, la actividad de la industria bancaria es considerada un servicio público.

En igual sentido, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-122 de 1999 expresó⁸⁶:

[...]La actividad bancaria, dada su caracterización y trascendencia dentro del marco de organización jurídico política propia del Estado social de derecho, es un servicio público, pues está ligada directamente al interés de la comunidad, que reclama las condiciones de permanencia, continuidad y regularidad que le son inherentes [...] por estar relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, lo cual justifica que el artículo 335 de la Constitución política haya calificado dicha actividad como de interés público [...].

Es importante, también, tener presente que los negocios que se desarrollen a través de transacciones por medios telemáticos implican el ejercicio de una actividad peligrosa, de suerte que en este tipo de operaciones concurren varios riesgos, como los atrás mencionados, y la actividad necesariamente es peligrosa. De forma que el prestador del servicio soporta el riesgo y consecuentemente asume las consecuencias en el acaecimiento del mismo. En este caso se presume la culpa del prestador del servicio en cuanto desarrolle negocios a través de redes telemáticas.

86. Para complementar este tema pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional:

- SU - 157 de 1999.
- T - 1592 de 2000.
- T - 1675 DE 2000.

De conformidad con lo anterior, los fraudes por la internet en cuanto a medios de pago y servicios bancarios, implican una responsabilidad directa para la entidad, con fundamento no sólo en su calidad de profesional, sino además, como quedó anotado, por desarrollar un servicio público y una actividad considerada peligrosa. En consecuencia, indiferentemente de que la operación resulte exitosa, esto es, que fue llevada a cabo con el medio de pago asignado a su titular y mediante el uso de las claves secretas, no puede, entonces, atribuírsele al usuario la responsabilidad en este tipo de asuntos con fundamento en que la operación fue correctamente registrada y contabilizada y no resultó afectada por avería técnica o anomalía.

En Francia, por ejemplo, se estableció, derivado de ese carácter de profesional, el principio de *lealtad*, así como los lineamientos generales que deben observar los contratos en cuanto a la información, ejecución, transparencia y respeto frente a los intereses de la contraparte.

De conformidad con lo anterior, se precisa reiterar que esa condición de profesionalidad implica un grado de responsabilidad mayor, en cuanto a las seguridades e información. De suerte que la entidad debe emplear el mayor grado de diligencia y, valga decir, de profesionalismo, en la implementación de medidas de seguridad, así como frente a la información referente a riesgos y recomendaciones de seguridad.

Hoy día, la gran mayoría de las entidades financieras que ofrecen servicios a través de la internet, tienen dentro de su contenido un *link* dedicado a las recomendaciones de seguridad y otro sobre políticas de seguridad. Sin embargo, no se advierte respecto a los riesgos a que está sujeta toda transmisión de información por medios telemáticos, cuya falta implica un mayor grado de responsabilidad del emisor como consecuencia de una falencia en la obligación de información.

La falta de información, como se anotó, se convierte, entonces, en un aspecto de gran relevancia. No suministrar información clara, veraz y oportuna, se considera una negligencia. De forma que es de trascendental importancia que las entidades les informen a sus clientes no - solo las recomendaciones de seguridad que deben observar sino los riesgos a los que está sujeta la transacción efectuada por redes de transmisión de información, en particular la internet. Ahora bien, las recomendaciones de seguridad, deben ser tenidas en cuenta por el cliente o usuario, dado que su inobservancia se traducirá en negligencia e indebido uso del sistema.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede desconocerse que las entidades financieras han implementado mecanismos de seguridad, como un certificado digital de *servidor seguro*, el cual ha sido implementado e instalado por la gran mayoría de las entidades financieras del país, y que es emitido por la empresa Verising.

Es necesario precisar que los certificados de firmas digitales que refiere el artículo 43 de la Ley 527 de 1999 difieren de los certificados de servidor seguro emitidos por la sociedad Verising. No obstante, con la actual legislación colombiana, estos últimos carecen de reconocimiento legal, lo cual significa que dichos certificados, si se quiere, por analogía⁸⁷ del artículo 43 en mención, no cuentan con respaldo jurídico en Colombia y al involucrar información, almacenada, generada, enviada recibida y comunicada a través de medios electrónicos, debe aplicárseles las disposiciones establecidas en la Ley 527 de 1999, es decir, se precisa que los certificados de servidor seguro no implican el firmado digital, pero se concluye y corrobora que los mismos carecen de respaldo legal en nuestro país. Sin perjuicio de que, técnicamente, el certificado de servidor seguro garantiza que la página web de la entidad no será suplantada, modificada o alterada.

Lo anterior significa, mirado con la lógica que ello le impone, que aunque el certificado de *servidor seguro* emitido por Verising garantice que la página web de la entidad no será modificada, alterada o suplantada, éste no cumple las exigencias establecidas por el legislador colombiano y, por tanto, no tiene validez jurídica en nuestro país, lo cual supone un vicio del certificado y consecuentemente una tacha al sistema de seguridad, desde el punto de vista jurídico.

Ahora bien, en los contratos que celebran las entidades con sus clientes, en particular el Reglamento de uso de las tarjetas débito, se consagra la responsabilidad exclusiva del titular cuando la transacción se lleva a cabo con la tarjeta y mediante la clave secreta, sin embargo, el hecho de que la transacción haya sido realizada con la identificación del usuario y con su clave secreta, no implica *per se* la responsabilidad del usuario, toda vez que la operación pudo efectuarse por terceros mal intencionados que hurtaron los datos personales por falencia en los sistemas de seguridad de la entidad financiera.

87. Artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

La carga de la prueba en este tipo de eventualidades recae, entonces, en el prestador del servicio, quien deberá demostrar para eximirse de responsabilidad o, lo que es lo mismo, imputar la responsabilidad al cliente, por lo menos lo siguiente:

- (1) que el titular actuó de manera fraudulenta o;
- (2) que el titular actuó con negligencia, esto es, inobservancia de las recomendaciones de seguridad que tiene establecidas la entidad en su página web;
- (3) que fueron advertidos al cliente, todos los riesgos a los que se encuentran expuestos este tipo de operaciones, de forma que cliente, voluntaria y espontáneamente, decidió hacer uso de este medio, con las implicaciones que ello podía acarrearle.

Finalmente, es necesario precisar la implicación que tienen las cláusulas inequitativas en este tipo de contratos emisor-titular. Como se anotó, la fortaleza en este tipo de relaciones se materializa en las cláusulas contractuales, que en materia de responsabilidad tienden a ser desequilibradas.

Así, por ejemplo, una de las políticas de uso de la página web de una entidad financiera consagra que las transacciones u operaciones que se realicen con la clave del cliente, se entenderán realizadas por éste, y el cliente las asume como suyas, exonerando a la entidad de cualquier responsabilidad por la realización de tales operaciones o transacciones. El cliente responderá ilimitada y solidariamente por las operaciones realizadas con su clave de acceso y se entiende que ellas, en los eventos de cotitularidad, han sido debidamente autorizadas.

En aquellos negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como, por regla general, sucede con el de depósito de ahorros y sus servicios alternativos —Internet—, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han visto la necesidad de restringir su contenido, particularmente para evitar la inclusión de cláusulas que generan desequilibrio contractual.

A nivel internacional, la Comunidad Europea, consciente de la desventaja del usuario, cliente o consumidor, como quiera que sea percibido el sujeto desprotegido en la relación comercial o financiera, se pronunció al respecto mediante Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993, cuyo estudio se centró en las cláusulas abusivas en los

contratos celebrados entre profesionales y consumidores; normativa no igual, pero sí con un mismo fin, protección del consumidor, fue incorporada en el derecho alemán (Ley de diciembre 9 de 1976), luxemburgués (Ley 25 de 1983), italiano (C.C., artículo 1469 y ss.), francés (Ley 95 de 1996), español (Ley 7 de 1998), brasileña (CDC, artículo 51), paraguaya (C.C., artículo 691), argentina (Ley 24.240, artículo 37 y el Decreto 1798 de 1994), e igualmente en la colombiana, circunscrita ésta a los contratos de prestación de un servicio público (Ley 142 de 1994, artículo 133), legislaciones en las cuales, de ordinario, se advierten como característica arquetípica de las cláusulas abusivas, primordialmente, que se genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

Como ha podido observarse, en la mayoría de los países, el único marco regulador en cuanto a medios de pago es el contrato. Sin embargo, la práctica refleja la opaca realidad al respecto, en donde el usuario no puede más que aceptar el clausulado impuesto por la entidad, lo cual, de antemano, no consideramos equivocado, sin embargo, como se advirtió respecto al tema de la responsabilidad siempre ha sido repetitiva la actitud de las entidades de eximir a la máxima potencia su responsabilidad, lo cual evidencia una posición dominante desventajosa e inequitativa.

Contra las cláusulas de adhesión, el derecho común ofrece algunas alternativas, como la interpretación favorable para el adherente en el supuesto evento de una cláusula ambigua.

La Consumer Credit Act de 1974, por ejemplo, establece que una cláusula en un contrato es inválida, en la medida que sea contradictoria con lo previsto para la protección del consumidor.

Lo cierto, por último, es que las cláusulas abusivas generan situaciones contractuales inequitativas, de suerte que su cumplimiento estará a discreción del obligado, y en última instancia será calificada por un juez de la República.

2. Responsabilidad del titular del medio de pago

El cliente, usuario o consumidor por lo general, desconoce sus deberes, derechos y obligaciones, lo que representa un mayor riesgo en el desarrollo de la actividad de pago. Este desconocimiento se debe en la mayoría de las veces a la negligencia del

cliente, quien acepta las condiciones de los contratos sin leer ninguno de sus artículos o condiciones. De otro lado, la entidad no brinda la asesoría necesaria con el fin de que el cliente conozca las condiciones generales y particulares del negocio celebrado. Muchos de los contratos, incluso, contienen una cláusula en la que se indica que el tarjetahabiente declara conocer los reglamentos aplicables al negocio celebrado, sin suministrar, como es de esperarse, esos reglamentos. Frente al particular, ya desde la Recomendación 88/590 de la entonces CEE, se señaló que el consumidor debe recibir la información apropiada sobre las cláusulas contractuales, así como sus derechos y obligaciones; información que debe contener de manera inequívoca el alcance de esas cláusulas.

En este orden de ideas, la responsabilidad por fraudes a través de medios de pago recaerá en el titular en la medida que la entidad, en virtud de la carga de la prueba demuestre, como se explicó, que el titular actuó de manera fraudulenta y/o con negligencia; esto es, inobservancia de las recomendaciones de seguridad que tiene establecidas la entidad en su página web; o que pese a las advertencias sobre los riesgos a los que se encuentran expuestos este tipo de operaciones, éste, de manera voluntaria y espontáneamente, decidió hacer uso de este medio con las implicaciones que ello podía acarrearle.

G. Conclusiones:

- La necesidad más clara y urgente en el entorno de medios de pago es el desarrollo de una normatividad clara y precisa, con el fin de que los emisores de medios de pago implementen mecanismos de seguridad apropiados y evitar así, al máximo, los fraudes por medios telemáticos. Esta reglamentación debe estar orientada a proteger al consumidor prohibiendo las cláusulas abusivas. Es aconsejable, entonces, que ésta se geste en el órgano de control y vigilancia de los emisores, es decir, en la Superintendencia Bancaria.
- Con reglas de juego claras y equitativas, la masificación de nuevos medios electrónicos será cada vez mayor, ampliándose de este modo la gama de servicios ofrecidos y produciendo una mayor rentabilidad para los emisores de medios de pago.
- Las compañías aseguradoras deberán desempeñar un papel muy importante en el desarrollo de los medios de pago inteligentes, como sucede hoy día, parcialmente, con las tarjetas débito y crédito. Debe ampliarse la cobertura,

léase valor asegurado, y eliminarse la condición según la cual si el fraude no es cometido con violencia no hay cubrimiento. El riesgo que debe asumir la compañía aseguradora es la pérdida por fraude sin exclusión alguna, más que la complicidad o la negligencia del titular del medio de pago.

- Las controversias en este tipo de asuntos deben resolverlas las defensorías del cliente financiero, en primera instancia, o en su defecto por la Superintendencia Bancaria. El criterio de fallo debe tener dos ámbitos: el primero será el técnico, en donde se verificará el transcurso de la operación o transacción, y el segundo, el jurídico, en el que se analizará la responsabilidad de las partes intervinientes de acuerdo con el parámetro contractual correspondiente. Es importante en este punto que los emisores de medios de pago acepten las decisiones del defensor del cliente financiero, que hasta la fecha no son obligatorias. De lo contrario, de nada servirá esta figura y continuaremos en un entorno de desventaja y desequilibrio, no sólo contractual sino al nivel de organismos de solución de conflictos.
- Los mecanismos de seguridad implementados por los emisores de medios de pago deben tener plena validez en el territorio en el cual se expida ese medio, esto es, ser avaladas por las autoridades competentes.
- Las contratos de adhesión para la expedición de medios de pago deberán autorizarse previamente por el organismo de control y vigilancia, con el fin de evitar la inclusión de cláusulas inequitativas.
- El desarrollo y masificación de los medios de pago requieren un esfuerzo conjunto del gobierno central a través de los órganos de control, y entidades gubernamentales como la DIAN y el Banco de la República. No obstante, dependerá de los emisores de medios de pago su propagación y tecnificación.
- Resulta indispensable crear una nueva cultura de automatización tecnológica en cuanto a medios de pago, lo cual será posible en la medida que exista un entorno seguro y confiable.
- No identificar al usuario en una transacción electrónica se traduce en la facultad de repudio de la transacción por el cliente, es decir, la posibilidad de éste de rechazar la autoría de la transacción al no tenerse la certeza sobre la identidad del iniciador del mensaje.
- La entidad financiera, dentro de las recomendaciones de seguridad en el uso de la página web y sus diferentes servicios a través de ésta, debe advertirles a sus clientes, la necesidad de utilizar versiones recientes de sus navegadores o

exploradores —Internet Explorer o Netscape Navigator— para efectuar transacciones que permitan un cifrado de 128 bits, que es el que actualmente ofrece, a través del certificado de servidor seguro, la sociedad Verising.

- La entidad debe alertar, permanentemente, a sus clientes respecto a los riesgos de interceptación y uso fraudulento de los datos personales y bancarios que viajan a través de la red, de suerte que si se intercepta y descifra la información no puede garantizarse la identidad del iniciador del mensaje.
- Los fraudes por la internet en cuanto a medios de pago y servicios bancarios se refieren, implican una responsabilidad directa para la entidad financiera, con fundamento, no sólo en su calidad de profesional, sino por desarrollar un servicio público y una actividad (transmisión de datos por medios telemáticos) considerada peligrosa.

Bibliografía

DOCTRINA

- CARBONEL PINATEL, José Carlos. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR TITULAR DE TARJETAS DE PAGO EN LA COMUNIDAD EUROPEA. Editorial Beramer, Madrid, 1994.
- COHEN y RENAULT. TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL. Francia. 1990.
- DIAZ, GARCIA, Alexander. DERECHO INFORMÁTICO. Editorial Leyer. Bogotá. 2002.
- ELSENPETER, Robert. VELTE, Joby. FUNDAMENTOS DE COMERCIO ELECTRÓNICO. Editorial MC Graw Hill. Estados Unidos. 2002.
- FONT, Andrés. SEGURIDAD Y CERTIFICACION EN EL COMERCIO ELECTRONICO. Madrid: Editorial Fundación Retevisión. 2002.
- JARAMILLO, TAMAYO. Javier. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Bogotá: Editorial Temis. Tomo I. 1999.
- JOSSERAND, Louis. DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES CHOSSES INANIMÉES. Paris. 1897.
- MUGUILLO. Roberto A. TARJETA DE CRÉDITO, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1991.
- PEÑA NOSSA, Lisandro y RUIZ RUEDA, Jaime. CURSO DE TÍTULOS VALORES. Editorial. Cámara de Comercio de Bogotá. Sexta Edición. 1999.
- RODRÍGUEZ, AZUERO, Sergio. CONTRATOS BANCARIOS. Editorial Legis S.A. Quinta Edición. Bogotá. 2002.
- SARMIENTO. GARCIA, Manuel Guillermo. RESPONSABILIDAD CIVIL. Universidad Externado de Colombia. 2002.
- SAYER, Peter. CREDIT CARDS AND THE LAW. London. 1988.
- SERRANO, Tony. MODERNIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PAGO. SITUACIÓN COLOMBIANA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES. Primer Seminario de Tecnología para el Sector Financiero. Editorial Asobancaria. 1997.
- TORO, José. Colegio de Abogados de Medellín. DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. Medellín: Ed. Biblioteca Jurídica Dike. 2002.
- VIVANTE, Cesar. TRATADO DE DERECHO MERCANTIL. Editorial Reus S.A. España. 1932.

NORMATIVIDAD

- Código Civil.
- Código de Comercio.
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
- Ley 11 de 1980.
- Ley 153 de 1887.
- Ley 45 de 1990.
- Ley 527 de 1999.
- Resolución 16 de 1972 de la Junta Monetaria
- Decreto 1664 de 1999 del Fondo Nacional del Ahorro.
- Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

- Carta Circular 79 de 1993.
- Conceptos 93036065 de fecha 14 Octubre de 1993.
- Carta Circular No. 5 de 1995.
- Circular Básica Jurídica 7 de 1996. Título Segundo Capitulo Primo.
- Concepto 98014397-2 de fecha Abril 17 de 1998.
- Circular Externa 25 de 1998.
- Circular Externa 58 de 1988.
- Concepto No. 98014397-2 de 1998.
- Circular Externa 097 de 1998.
- Concepto 20000003745-1 Marzo 2 de 2000.
- Circular Externa 2 de 2004.
- Concepto 20000003745-1 de Marzo 2 de 2000.
- Concepto No. 98019919-1 de 1998
- Concepto 2000020376-1 de julio 12 de 2000.

JURISPRUDENCIA

- CORTE CONSTITUCIONAL.
 - C – 662. Expediente D-2693.
 - SU - 157 de 1999;
 - T - 1592 de 2000;
 - T - 1675 DE 2000.
- Casación Francesa de 16 de junio de 1897,
- Casación de 15 de Julio de 1938. G.J.T XLVII, N° 1940, p. 68.

REVISTAS Y DIARIOS

- CARRIZOSA, Mauricio. REVISTA ESPE. Número 3. Abril de 1983.
- FRIEDMAN, Milton. MONETARY STATISTICS OF THE UNITED STATES. Revista ESPE No. 3. Banco de la República. Abril de 1983.
- GARRIGUES, Joaquín. LOS TITULOS VALORES. Revista de Derecho Mercantil. No. 36.
- LA SEMANA ECONÓMICA. Editorial. Asobancaria:
 - No. 344. 8 de Febrero de 2002.
 - No. 395. 21 de Febrero de 2003.
 - No. 395. 21 de Febrero de 2003.
 - No. 406. 16 de Mayo de 2003.
 - No. 406. 16 de Mayo de 2003.
- NEWLYN, Walter. THE SUPPLY OF MONEY AND ITS CONTROL. Economic Journal. Vol. 74. Junio de 1962.
- PESEK, Boris y SAVING, Thomas. MONEY WEALTH AND ECONOMIC THEORY. New York, Macmillan. 1967.
- AUSTIN, Robert D. y DARBY, Crhristopher A.R. EL MITO DE LOS SISTEMAS DE IT SEGUROS. Harvard Business Review. Junio de 2003.
- Diario Económico, Empresarial y Financiero de Colombia. LA REPÚBLICA. Edición Viernes, 3 de Septiembre de 2004.

INTERNET

- <http://www.lablaa.org/blaavirtual/credencial/135labanca.htm>)
- <http://www.internetcash.com/>.
- http://www.htmlweb.net/seguridad/ssl/ssl_10.html
- <http://www.monografias.com/trabajos14/comerc-electronico/comerc-electronico.shtml>
- <http://www.beenz.com>
- www.etek.gartner.com

DICCIONARIOS

Diccionario de la Lengua Española

Capítulo 7.

Algunos aspectos del comercio electrónico y su sujeción impositiva

Álvaro Andrés Díaz Palacios*

* Abogado especialista en Derecho Tributario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, diplomado en comercio electrónico y derecho minero y petrolero, Universidad Externado de Colombia. Curso de posgrado en derecho administrativo, contratos estatales y servicios públicos, Universidad de Salamanca. Experiencia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, PricewaterhouseCoopers Servicios Legales y Tributarios, José Lloreda Camacho & Co., y en la actualidad **López & Ramos abogados**. Profesor: Universidad Jorge Tadeo Lozano, Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Especialización en Administración de Negocios por Vía Electrónica – Módulo Leyes e Impuestos en Internet. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Diplomado de Impuestos – Módulo de Precios de Transferencia. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá Diplomado de Impuestos – Módulo de Retención en la Fuente. Cámara de Comercio de Bogotá, Coordinador del Diplomado de Impuestos y expositor en seminarios de actualización tributaria. Publicaciones: *Aplicación y repercusión del concepto de empresa unipersonal en el derecho colombiano*, *Aspectos tributarios sobre la propiedad inmueble*, *Cartilla Retención en la fuente 2002* (Editorial Edijufinancieras) (2002), *Revista Impuestos*, Legis Editores; temas «La agencia oficiosa en el ámbito del derecho tributario», «El IVA y los servicios técnicos prestados desde el exterior». Miembro del Colegio de Abogados Rosaristas y del Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

A. Introducción

El auge de las transacciones realizadas a través del comercio electrónico traen consigo la discusión respecto a la aplicación de los tributos tradicionales sobre éstas. Muestra de lo anterior son las opiniones emanadas del fisco nacional, que con acierto o sin éste, buscan someter las relaciones comerciales desarrollada por internet a impuestos que tradicionalmente han recaído en el comercio en general.

En este orden de ideas y con el fin de tratar de enriquecer un poco la discusión sobre el tema, a continuación se plantearán unas posiciones que en el día tras día del comercio virtual podrían dar lugar a controversias con las autoridades tributarias.

El presente estudio no busca abarcar la problemática que en materia tributaria se ha presentado respecto al comercio electrónico; por el contrario, se pretende explorar aspectos puntuales que, con base en la legislación tributaria vigente, la doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales abordado.

Las opiniones doctrinales en su mayoría no son más que adaptaciones de los tributos vigentes a operaciones comerciales que, según nuestra opinión, desconocen las propias características del comercio electrónico y la propia legislación que en esta materia rige en nuestro país.

B. Relaciones comerciales y metodología para su análisis

1. Aspectos para examinar

- Los contratos de hosting u hospedaje.
- La factura enviada vía mail versus la factura electrónica.
- La conservación de documentos y libros de contabilidad.
- La servicios de acceso a internet y acceso satelital prestados por una sociedad extranjera a un beneficiario ubicado en Colombia.

2. Metodología aplicable

Para efectos de un correcto entendimiento de las circunstancias de cada una de las relaciones comerciales objeto de estudio, se explicará brevemente la problemática

o la razón de ser de cada asunto, para luego exponer brevemente los diferentes aspectos de análisis que le son aplicables.

C. Los contratos de hosting

1. Asunto

Algunas compañías les ofrecen a usuarios colombianos la posibilidad de hospedar sus páginas web en servidores ubicados fuera del territorio nacional.

Como contraprestación por este servicio, las compañías colombianas realizan pagos a la entidad del exterior, los cuales generan un tratamiento tributario específico, dependiendo de la naturaleza de los servicios y del lugar de prestación de los mismos.

2. Posición doctrinal

El servicio de *hosting* prestado por una compañía del exterior propietaria de un servidor, es catalogado por las autoridades tributarias como un servicio técnico¹, el cual, al ser prestado desde el exterior, de conformidad con la legislación vigente, acarrearía en términos generales las siguientes consecuencias tributarias:

(i) A título del impuesto sobre la renta y complementarios, los pagos se encontrarían sujetos a retención en la fuente a una tarifa única del 10%².

(ii) Para efectos del impuesto sobre las ventas, el servicio no se encontraría gravado en Colombia, toda vez que no existe disposición legal que establezca que este tipo de servicios se entiende prestado en el país³.

1. Al respecto, obsérvese el Concepto 76974 del 28 de noviembre de 2002 de la DIAN.

2. Estatuto Tributario, artículo 408.

3. Esta posición ha sido reiterada por la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado (*Sentencia del 12 de febrero de 2004*, expediente 13623) quien al declarar la nulidad del Concepto Unificado de IVA No. 3 de 2002, señaló que este tipo de servicios no constituye una especie del servicio de asesoría y, en consecuencia, no se encuentran sujetos al IVA. La DIAN aceptó lo establecido en la jurisprudencia a través del Concepto 39256 del 29 de junio de 2004.

(iii) Así mismo, de existir un contrato escrito, habría lugar al impuesto de timbre nacional a la tarifa del 1,5%, si el documento supera la cuantía mínima de \$60.142.000.

3. Análisis

El *hosting*, de acuerdo con la opinión de los especialistas, es un “servicio del ISP que permite memorizar la página del cliente en una máquina situada cerca del usuario y permanentemente conectada a internet”⁴.

En otras palabras, los sitios de internet están colocados por un ISP (proveedor de servicios de internet) en un servidor a través de un contrato denominado *hosting*.

Esta relación contractual, en estos términos, podría circunscribirse jurídicamente en un arrendamiento, más exactamente como un “arrendamiento de espacio virtual” y no como un servicio técnico, según lo sostienen las autoridades tributarias.

La realidad jurídica del servicio implica un arrendamiento de un bien incorporal ubicado en el exterior y no propiamente un servicio técnico, aun cuando el servicio podría incluir adicionalmente el mantenimiento en línea de la página en el servidor.

En efecto, los servicios técnicos son aquellos que implican la utilización de un conocimiento tecnológico⁵, su realización agota el cumplimiento del encargo y no incluyen la transferencia de conocimientos; su ejemplo más claro es el mantenimiento o la reparación de una maquinaria. *Contrario sensu*, en el caso del hospedaje, nos encontramos frente a la concesión del goce de un espacio virtual por parte de un ISP y no frente a la realización de una obligación de hacer que se agota con el simple cumplimiento del encargo.

4. PIERGIORGIO, Valente (2002). *La Fiscalidad del comercio electrónico*. CISS, PRAXIS.

5. Se entiende por tecnología, de acuerdo con el artículo 1° de la Decisión 84 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, “el conjunto de conocimientos indispensables para realizar las operaciones necesarias para la transformación de insumos en productos, el uso de los mismos o la prestación de servicios”.

Visto de esta forma, su naturaleza jurídica es diferente y, en consecuencia, las consecuencias tributarias serían del siguiente tenor:

a. Impuesto sobre la renta

En la medida que se trata de la prestación de un servicio fuera del territorio nacional y no un servicio técnico, el valor reconocido por el beneficiario colombiano al arrendador (ISP), no corresponde a una renta de fuente nacional⁶ y por consiguiente no habría lugar a la práctica de retención en la fuente⁷.

b. Impuesto sobre las ventas, IVA

El servicio de *hosting* sería entendido como el arrendamiento de un espacio virtual prestado desde el exterior, por lo que al no poder encuadrarse dentro de las excepciones a la regla de territorialidad del impuesto, no causaría el impuesto sobre las ventas.

Para entender mejor este punto, notemos que es hecho generador del impuesto sobre las ventas la presentación de servicios dentro del territorio nacional; sin embargo existen ciertas excepciones a esta regla de territorialidad.

El numeral 3 del párrafo 3° del artículo 420 del Estatuto Tributario establece un listado de servicios que cuando son prestados desde el exterior a un beneficiario ubicado en Colombia, se entienden prestados en nuestro país y en consecuencia, causan el impuesto sobre las ventas. Entre estos servicios se encuentran: (i) las licencias para el uso y explotación de intangibles, (ii) los arrendamientos de bienes corporales muebles y (iii) los servicios de conexión o acceso satelital.

6. En el Estatuto Tributario, el artículo 24 establece en términos generales que son ingresos de fuente nacional los provenientes de la explotación de bienes materiales e inmateriales dentro del país y la prestación de servicios dentro del territorio. Así mismo, los ingresos obtenidos en la enajenación de bienes materiales e inmateriales dentro del país al momento de su enajenación.

7. La retención en la fuente es un mecanismo de recaudo anticipado del impuesto, que constituye para los no declarantes su impuesto sobre la renta.

Consideramos que el arrendamiento de un espacio virtual no podría encuadrarse en ninguna de estas excepciones, dado que no se trata de un acceso satelital, no es un licenciamiento y aun cuando jurídicamente sí podría catalogarse como un arrendamiento su objeto no recae sobre bienes corporales.

Por lo expuesto, no habría causación del impuesto sobre las ventas.

c. Impuesto de timbre

De documentarse las obligaciones a través de un contrato escrito donde se supere la cuantía mínima de \$56.684.000, se causaría el impuesto de timbre nacional.

Cabe preguntarse al respecto si de tratarse de un contrato *on line*, es decir, acordado a través del envío de mensajes de datos (vía correo electrónico) o a través de los contratos de adhesión que son aceptados a través de medios electrónicos, habría lugar a la causación de este tributo.

Al respecto, y en la medida que el impuesto de timbre es un tributo meramente documental que grava la constitución, existencia o modificación de obligaciones, consideramos que un contrato *on line* que genera obligaciones en Colombia podría estar sujeto al impuesto en los términos del artículo 519 del Estatuto Tributario⁸.

4. Conclusiones

En consideración a los planteado, arribaríamos a las siguientes conclusiones:

- Las autoridades tributarias opinan que el servicio de *hosting* es un servicio técnico y en consecuencia le son aplicables las consecuencias tributarias señaladas en el numeral 2.
- Tomando como base la legislación y definiciones técnicas existentes, el *hosting* puede ser visto como un servicio de arrendamiento de espacio virtual prestado

8. Al respecto, consúltese CAMACHO MONTOYA, Álvaro. *Revista Impuestos* No. 97. p. 30. "Documento electrónico frente al impuesto de timbre", Legis.

desde el exterior y, en consecuencia, le serían aplicables los aspectos señalados en el numeral 3.

- Existe un riesgo evidente de fiscalización sobre este punto, pero habría argumentos jurídicos para sostener jurídicamente la alternativa dada, la cual se basa fundamentalmente en la realidad técnica de la operación.

D. La factura enviada vía mail versus la factura electrónica

1. Asunto

La discusión se plantea respecto a la posibilidad de cumplir la obligación legal tributaria de expedir facturas a través de medios electrónicos. Más exactamente, a través del envío de la misma vía correo electrónico o quizás a través de su publicación en el propio sitio web del comerciante obligado.

2. Posición doctrinal

La posición de la Administración es tajante. Simplemente se remite a señalar que como no existe reglamentación específica sobre el ámbito de aplicación de la Ley 527 de 1999, en cuanto a la expedición y exhibición de facturas, no es posible que esta obligación pueda cumplirse a través de un mensaje de datos⁹.

3. Análisis

A partir de la Ley 223 de 1995, existe, equivalente a la factura, la denominada *factura electrónica*, documento que tiene las siguientes características:

- a. De acuerdo con el Decreto 1094 de 1996, la factura electrónica es “el documento computacional que soporta una transacción de venta de bienes o prestación de servicios, transferido bajo un lenguaje estándar universal denominado Edifact de un computador a otro”¹⁰.

9. DIAN. *Concepto 48379 de agosto 11 de 2003*.

10. El Decreto 1094 de 1996 es reglamentario de la Ley 223 de 1995, la cual estableció para efectos fiscales, la factura electrónica como un documento equivalente a la factura de venta, pero

- b. La factura electrónica deberá utilizarse a través de una red de valor agregado autorizada por la DIAN, y cumplir los requisitos previstos para las facturas, los cuales deben figurar en códigos estándar.
- c. La factura electrónica será el soporte fiscal para efectos de los ingresos, costos, deducciones, impuestos descontables y sólo excepcionalmente podrá exigirse la impresión en papel.

De acuerdo con lo anterior, en nuestro ordenamiento existe como tal, la posibilidad de expedir facturas electrónicas como documentos equivalentes, pero éstos, en opinión de la DIAN, solamente se encuentran autorizados en la medida que cumplan los requisitos señalados en el Decreto Reglamentario 1094 de 1996.

No obstante lo anterior, contrario a lo señalado por las autoridades tributarias en su doctrina¹¹, consideramos que en adición a lo reglamentado específicamente para la factura electrónica, sería jurídicamente válido, con fundamento en el ordenamiento vigente, la transmisión de una factura de venta a través de correo electrónico, sin que sea posible negarle efectos jurídicos y validez a este tipo de operación.

Lo anterior se soportaría en los siguientes aspectos:

- a. El Estatuto Tributario¹² les exige a las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales, o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o

condicionando su utilización a la expedición de un reglamento por parte del Gobierno nacional. Artículo 616-1 del Estatuto Tributario, adicionado al Estatuto Tributario por el artículo 37 de la Ley 223 de 1995.

11. En efecto, el Concepto 48379 del 11 de agosto de 2003 señaló que “no existiendo reglamentación específica sobre el ámbito de aplicación de la Ley 527 de 1999 en materia tributaria y en particular en relación con la expedición y exhibición de facturas, no es posible afirmar que el mensaje de datos sustituye las obligaciones establecidas en los artículos 616-1 y 618 del Estatuto Tributario, menos aún cuando existe fiscalmente la factura electrónica como documento equivalente en los términos del artículo 616-1 del mismo estatuto, con valor probatorio en el ámbito tributario, la cual debe cumplir unos requisitos mínimos para que cumpla el objetivo establecido en la ley, como en efecto dispone el Decreto 1094 de 1996”.

12. Artículos 615 y 617.

ganadera, la expedición y entrega del original de la factura o documento equivalente.

- b. La ley de comercio electrónico aplica a todo tipo de información que se transmita en forma de mensaje de datos¹³, entendiendo por éstos “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” .
- c. Así mismo, la eficacia sustancial y/o probatoria de los mensajes de datos no admite cuestionamientos, toda vez que el artículo 5° de esta ley estableció en forma clara y sin necesidad de norma reglamentaria, que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” .
- d. En adición a lo anterior, el artículo 10° precisó que: “En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

En este orden de ideas, y atendiendo al sentido obvio de la ley, el legislador reconoció expresamente validez y eficacia jurídica a los mensajes de datos, situación que nos permite concluir que sería legalmente viable remitir una factura de venta a un cliente, con el cumplimiento de los requisitos que la propia ley de comercio electrónico establece.

Por lo expuesto, los requisitos de expedición, entrega y conservación del original de la factura pueden ser satisfechos en la forma prevista por el artículo 8° de la Ley 529 de 1997, disposición que es del siguiente tenor:

13. Salvo casos especiales tales como obligaciones contraídas por el Estado colombiano y en las advertencias escritas que por expresa disposición legal deban ir necesariamente impresas (artículo 1° de la Ley 527 de 1999).

“Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

(a) existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma, y

(b) de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original”.

Así las cosas, no es incompatible en nuestro criterio la existencia de la factura electrónica regulada por el artículo 616-1 del Estatuto Tributario con el envío de una factura de venta ordinaria vía correo electrónico, en el entendido que la ley de comercio electrónico otorga plena validez jurídica a los mensajes de datos.

4. Conclusiones

- Es posible cumplir una obligación documentaria exigida por una disposición legal (verbe gracia emitir factura original), enviando un mensaje de datos que pueda ser impreso o consultado por el destinatario, sin correr el riesgo de ser sancionado por parte de las autoridades tributarias por el solo hecho de la naturaleza electrónica del documento¹⁴.

14. De conformidad con el artículo 652 del Estatuto Tributario, quienes estando obligados a facturar, lo hagan sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 617 incurrirán en sanción equivalente al 1% del valor de las operaciones facturadas, sin exceder de \$17.083,000. Si hay reincidencia se aplicará la sanción de cierre del establecimiento.

- En consideración a la validez jurídica de los mensajes de datos, la obligación de expedición y exhibición de la factura de venta, igualmente, podría cumplirse a través de la publicación de la misma en un sitio web, en el que el interesado pueda acceder a su factura e imprimirla.
- En aquellos casos en los que la norma legal exige que la información sea presentada y conservada en su forma original (como el de la factura de venta), tal requisito resulta satisfecho con un mensaje de datos que cumpla los presupuestos de los literales (a) y (b) del artículo 8° de la Ley 527 de 1999.
- Sin embargo, para efectos de soportar los elementos exigidos por la Ley 527 y el propio Estatuto Tributario, quien decidiera enviar su factura vía correo electrónico deberá al menos:
 - Cumplir todos los requisitos establecidos en la ley, tanto tributaria (artículo 617) como de comercio electrónico.
 - Informarles a los clientes la nueva política de envío de las facturas.
 - Tener certeza de que el mensaje de datos fue efectivamente enviado.
 - Recibir y conservar la aceptación del cliente con la correspondiente dirección electrónica de destino. Imprimir la factura enviada junto con la constancia de envío y recibo.
 - En el evento de que algunos clientes no acepten o no dispongan de los medios necesarios para la recepción del documento, deberá continuarse con el envío de la factura por los medios tradicionales.
 - El software de facturación deberá estar en capacidad de imprimir una factura en cualquier fecha, ante la petición de un cliente o de las autoridades tributarias.

E. La conservación de documentos y libros de contabilidad

1. Asunto y posición doctrinal

En contraste con los planteamientos expuestos, con este asunto se quiere resaltar la aceptación que sobre la conservación de información tributaria ha hecho la doctrina de las autoridades tributarias, en aplicación de la Ley 527 de 1999.

En efecto, con base en los presupuestos establecidos en la Ley de Comercio electrónico (contrario a los argumentos expuestos en otros casos), la DIAN¹⁵ acepta que la obligación de conservación de la información tributaria puede efectuarse por cualquier medio técnico, incluyendo el CD, disquetes, etcétera.

No obstante, en cuanto a la destrucción de los documentos físicos, señala que no es viable, en aparente contradicción con lo anteriormente señalado.

Así las cosas, el planteamiento de discusión se dirige a establecer si una sociedad que ya no se encuentra domiciliada en Colombia podría cumplir su obligación de conservación de libros mediante un medio técnico y proceder a destruir los documentos físicos.

2. Análisis

Teniendo en cuenta que las autoridades colombianas se encuentran facultadas para ejercer sus funciones solamente dentro del territorio nacional, consideramos que los libros y papeles de comercio deberán estar a disposición de las autoridades tributarias cuando éstas así lo requieran. Lo afirmado se sustenta, fundamentalmente, en el principio de territorialidad de la ley, según el cual es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia “acatar la Constitución y las leyes y obedecer a las autoridades”¹⁶.

En efecto, la ley es obligatoria “tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”¹⁷.

El ordenamiento tributario¹⁸ señala que las entidades contribuyentes o no de los impuestos del orden nacional, se encuentran obligadas a conservar por un período mínimo de cinco (5) años y así mismo a poner a disposición de las autoridades tributarias, entre otros, los siguientes documentos: libros de contabilidad junto a sus

15. DIAN. *Conceptos 2977 y 8770 de 2001*.

16. Constitución Política, artículo 4°.

17. Código Civil, artículo 18.

18. Código Tributario, artículo 632.

comprobantes de orden interno y externo, medios magnéticos, declaraciones tributarias, etcétera.

Así mismo, habrá que tener en cuenta que de conformidad con la ley comercial¹⁹ y la contable²⁰, la obligación de conservar se extiende por un período de 20 años contados desde el momento que se cierran los libros y/o desde la fecha de expedición cuando se refiere a los documentos y comprobantes. No obstante, transcurridos 10 años, los documentos pueden ser destruidos con la condición de que se haya asegurado su reproducción exacta por cualquier medio técnico.

En efecto, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado²¹, una vez haya transcurrido el término antes señalado, el comerciante podrá acudir “entre otros medios técnicos, al de microfilmación, para garantizar la reproducción exacta de los libros y papeles que va a destruir”.

Lo anterior se ratifica en la Ley de Comercio Electrónico a través de la cual se señala que esos libros y papeles pueden conservarse “en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta”²².

Respecto a la conservación de mensajes de datos²³ y documentos, la mencionada disposición incluida dentro de la ley que regula el comercio electrónico, dispone que el requisito consistente en la conservación de documentos que la ley exija quedará satisfecho siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. Que la información sea accesible para su posterior consulta.
- b. Que el mensaje o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado o en algún formato que permita demostrar que se reproduce con exactitud.

19. Código de Comercio, artículo 60.

20. Decreto Reglamentario 2649 de 1993, artículo 134.

21. Consejo de Estado. *Sentencia del 19 de agosto de 1981*.

22. Ley 527 de 1999, artículo 12.

23. Se entiende por mensaje de datos, la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares.

- c. Que se conserve toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue producido el documento.

Así las cosas, el requisito de conservación podría cumplirse a través de la utilización de mensajes de datos, en tanto se cumplan los requisitos generales antes señalados. Esos mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y por tanto no podrá negarse la eficacia o fuerza obligatoria a la información contenida en éstos.

En esos mismos términos y tal como lo señalamos anteriormente, los mensajes de datos tienen, de acuerdo con la ley, el mismo valor probatorio que los documentos físicos; entonces, no es comprensible por qué la DIAN insiste en conservar los documentos físicos impidiendo la posibilidad de su destrucción.

A modo de conclusión, podemos afirmar que si la información tributaria es fiel y se encuentra a disponibilidad efectiva en Colombia cuando las autoridades tributarias o los socios así lo requieran —como sucedería en el caso de su conservación y reproducción a través de un mensaje de datos— no habría lugar a negar la posibilidad de destruir los libros físicos.

En adición a lo expuesto, y con el fin de resaltar lo controversial del tema, hay que tener en cuenta los siguientes presupuestos señalados en la ley, que explican por qué el comerciante debe cumplir la obligación de conservación de libros, la cual puede ser efectivamente cumplida a través de un mensaje de datos:

- a. Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público pueden ordenar de oficio la presentación de los libros en los casos como los siguientes: tasación de impuestos, ejercer las facultades de vigilancia, investigación de delitos y procesos civiles²⁴.
- b. En materia tributaria, la exhibición debe hacerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se requirió la presentación de los mismos.

24. Código de Comercio, artículo 63.

Si la comunicación es enviada por correo, el término se extiende a ocho (8) días (artículo 2º de Decreto Reglamentario 1354 de 1987).

La exhibición de libros se practicará en las oficinas o establecimientos del domicilio principal de la sociedad. La ley además establece: “Si al momento de practicarse la inspección de los libros no estuvieren en las oficinas o establecimientos del ente económico, éste puede demostrar la causa que justifique tal circunstancia dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la exhibición. En tal caso debe presentar los libros en la oportunidad que el funcionario señale”²⁵.

La no presentación de los libros de comercio implica que se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para esos hechos es admisible la confesión.

F. Los servicios de acceso a internet y acceso satelital prestados por una sociedad extranjera a un beneficiario ubicado en Colombia

1. Asunto

Este quizá resulta uno de los asuntos que en la actualidad genera mayor controversia. Se trata de la discusión en torno a la sujeción o no al impuesto sobre la renta respecto de los pagos que una sociedad nacional haría al exterior como consecuencia del servicio de acceso a internet prestado a través de un *backbone* y su conexión satelital.

2. Posición doctrinal

En reiterada doctrina²⁶, la DIAN ha señalado que la renta proveniente de los contratos de arrendamiento de un segmento satelital y acceso a red de internet de una empresa extranjera sin domicilio en Colombia, es considerada ingreso de fuente

25. Decreto Reglamentario 2649 de 1993.

26. Entre otros, pueden consultarse, los conceptos 64484, 83620 y 25668, expedidos por la DIAN durante los años 2000 y 2002.

colombiana, por ser el resultado de la explotación comercial en el país de bienes inmateriales y de la prestación de servicios dentro del territorio nacional.

Lo planteado trae consigo que la contraprestación para la sociedad extranjera que presta el acceso a internet sea considerada como ingreso de fuente nacional y, en consecuencia, sujeta a retención en la fuente en Colombia.

3. Análisis

En primer lugar, hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento tributario considera ingresos de fuente nacional los provenientes de la explotación de bienes materiales e inmateriales en Colombia y la prestación de servicios dentro del país.

En ese orden de ideas, la posición doctrinal señalada parte de una premisa bastante discutible, según la cual el acceso a un servicio como podría ser internet por parte de una sociedad domiciliada en Colombia, conllevaría per se que el servicio se encontraría prestado en el país.

Para efectos del impuesto sobre la renta en Colombia y en contraste con lo que sucede en el IVA, no existe una regla clara que establezca el lugar de prestación de los servicios. Sin embargo, no compartimos el análisis efectuado por las autoridades tributarias, en tanto técnicamente el acceso dado a internet es efectuado en el exterior a través de un *backbone* y su conexión satelital.

El anterior entendimiento es reiterado por la propia ley tributaria, que para efectos de IVA y respecto al servicio de conexión o acceso satelital, tuvo que crear una ficción legal para poder gravar con IVA este servicio. En efecto, el artículo 420 del Estatuto Tributario, tal como lo señalamos en un asunto de discusión previa, crea una presunción según la cual ciertos servicios como el acceso satelital, aun cuando sean prestados desde el exterior, si son prestados a favor de un beneficiario en Colombia, causan el citado impuesto sobre las ventas.

Por otro lado, y como muestra quizás del inicio de un cambio de doctrina sobre el tema, el Concepto 76824 de 2003, en relación con los servicios de televisión internacional, dispuso que “el tratamiento fiscal en materia del impuesto sobre la

renta y complementarios del servicio de televisión internacional, se establece de acuerdo con la determinación del componente extranjero y el componente nacional del servicio, teniendo en cuenta el lugar en el que se ejecuten las obligaciones de hacer (prestaciones) que corresponden a las diferentes etapas de su realización”.

Lo anterior, aplicado al tema que nos ocupa, podría dar lugar a entender que si el acceso a internet no tiene componente nacional, su tratamiento fiscal no podría ser otro que el pretendido a través de este escrito, es decir, la no sujeción a retención en la fuente por tratarse, para la sociedad foránea, de una renta de fuente extranjera.

No obstante, surge la inquietud de si el acceso a internet técnicamente puede dividirse en componentes foráneos y nacionales. Según nuestro criterio, simplemente no habría lugar a una parte local en tanto la obligación de hacer (la conexión satelital), en los términos del concepto señalado, solamente serían realizadas fuera del territorio nacional.

Finalmente y en cuanto a si el acceso a internet implica la explotación de un intangible en Colombia, consideramos que no es posible asimilarlo a este caso, pues de ninguna manera prestar el acceso satelital implica la explotación de un intangible en Colombia, entendida ésta como el aprovechamiento económico de un bien no corporal dentro del territorio nacional.

G. Recomendación

De conformidad con los casos planteados, es dable concluir que la Administración deberá determinar en cada caso concreto la verdadera naturaleza técnica de las operaciones, y de esta forma establecer su correspondiente tratamiento impositivo.

En consecuencia, y específicamente en el campo del derecho tributario, las autoridades tributarias deberán iniciar la aplicación de la legislación de comercio electrónico, dado que hasta el momento y con excepción de algunos casos puntuales, su verdadero alcance no ha sido reconocido, desaprovechando una nueva herramienta de necesaria aplicación en la actual realidad comercial.



SEDES DE ATENCIÓN AL PÚBLICO

Sede Cazucá

Autopista Sur 12-92. Teléfono: 7801010
Email: ccbcazuca@ccb.org.co

Sede Cedritos

Avenida 19 140-29. Teléfono: 5927000
Email: cedritos@ccb.org.co

Sede Centro

Carrera 9 16-21. Teléfono: 3410989
Email: ccbcentro@ccb.org.co

Sede Chapinero

Carrera 13 52-30. Teléfono: 2114085
Email: chapinero@ccb.org.co

Centro Internacional de Negocios Corferias

Carrera 40 22C-67. Teléfono: 3445471
Email: ccbcorferias@ccb.org.co

Sede Fusagasugá

Carrera 7 6-19, piso 2. Teléfono: (1) 8671515.
Email: ccbfusagasuga@ccb.org.co

Sede Norte

Carrera 15 93 A-10. Teléfono: 6109988
Email: ccbnorte@ccb.org.co

Sede Paloquemao

Carrera 27 15-10. Teléfono: 3603938
Email: paloquemao@ccb.org.co

Sede Restrepo

Calle 16 Sur 16-85. Teléfono: 3661114
Email: ccbrestrepo@ccb.org.co

Sede Salitre

Avenida Eldorado 68D-35. Teléfono: 3830679
Email: ccbsalitre@ccb.org.co

Sede Zipaquirá

Calle 4 9-74. Teléfono: 8523150
Email: zipaquirá@ccb.org.co

Línea de Respuesta Inmediata
3830330

E-mail: ventolibros@ccb.org.co
www.ccb.org.co

ISBN 958-688-143-1



CLAUDE E. SHANON, en su estudio publicado en 1948 titulado *Mathematical Theory of Communication*, formuló los principios matemáticos que sustentan, desde entonces, la teoría de la información, y son estos estudios los que han estimulado el desarrollo de las diferentes disciplinas derivadas de la informática y su relación con las ciencias del conocimiento. La telemática, entendida como la unión entre la informática y las comunicaciones, es, precisamente, el mecanismo que permite el desarrollo del *e-commerce* y el *e-government*.

El comercio electrónico y las relaciones públicas electrónicas son actos jurídicos de gran auge en nuestro medio y por ende, están sujetos, como la mayoría de las relaciones en derecho, a diversos inconvenientes de índole técnico y jurídico, donde el consumidor y/o el administrado son el agente débil de esa relación. En consecuencia surge la necesidad de implementar mecanismos de protección y reglas claras que deben ser el resultado de un análisis riguroso de todas y cada una de las ramas del poder público y de sus organismos descentralizados, todo esto con el objeto de superar esas dificultades y dotar a dichas prácticas de seguridad jurídica y de técnica adecuadas.

En un consistente esfuerzo, los miembros fundadores del Centro de Estudios de Derecho de Nuevas Tecnologías de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, exponen en la presente obra, Estudios Jurídicos sobre Comercio Electrónico, diferentes realidades en diversos temas como el judicial, el bancario, el comercial, entre otros, que aún no han sido resueltos por los organismos competentes. Como es de suponerse, ante la confusión que siempre reina en estos casos, los miembros del Centro vienen desarrollando diferentes iniciativas, con el objeto de brindar un soporte, no sólo circunscrito al ámbito académico, sino en igual medida y con mayor impacto, en el empresarial y en el sector público.

Los propósitos del centro y de cada uno sus miembros, entre ellos la Cámara de Comercio de Bogotá, son dotar al país de herramientas que permitan un verdadero auge de la llamada *sociedad de la información* y lograr una sensibilidad por estos temas, que se vea intensificada por estudios serios y profundos.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Facultad de Ciencias Jurídicas



Uniempresarial
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA EMPRESARIAL
DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ



CAMARA
DE COMERCIO DE BOGOTA

Por nuestra sociedad